

Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden
in der Rechtsprechung des Großherzoglich
Badischen Verwaltungsgerichtshofes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i.Br..

Vorgelegt von
Ernst Georg Füsslin,
Regierungsassessor
aus Reichenau am Bodensee

1957

Dekan: Prof. Dr. Würtenberger

Referent: Prof. Dr. Schühly

Korreferent: Prof. Dr. Hesse.

G l i e d e r u n g

=====

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
Historischer Rückblick - Grundfragen der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte - Einführung in das Thema der Arbeit.	
1. <u>Hauptteil: Das "freie Ermessen"</u>	13
I. Rechtsstreitigkeit und Ermessensstreitigkeit	13
II. Zum Wesen des "freien Ermessens"	15
III. Grenzen des freien Ermessens	24
IV. Kritik	33
2. <u>Hauptteil: Der unbestimmte Gesetzesbegriff</u>	35
I. Das Problem	35
II. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe	36
III. Der Ermessensbegriff, seine Abgrenzung zum unbestimmten Rechtsbegriff	39
1) Zur Bestimmbarkeit des Ermessensbegriffes	41
2) Die wissenschaftliche Auseinandersetzung über die Lehre des Ermessensbegriffes	49
3) Historischer Ursprung der Lehre vom Ermessensbegriff	61
3. <u>Hauptteil: Auswirkungen des Enumerationsprinzips und der Lehre vom freien Ermessen auf die Prüfung gesetzlicher Voraussetzungen einer vom Gesetz gewollten Rechtsfolge.</u>	69
I. Voraussetzungen im strikten Rechtssatz	70
II. Voraussetzungen in der Ermessensermächtigungsnorm	75

	Seite
4. <u>Hauptteil: Die Rechtsprechung des VGH zur</u> <u>polizeiverfügung, insbesondere</u> <u>zu Verfügungen nach § 30 des</u> <u>Polizeistrafgesetzbuches</u>	79
I. Einführung	79
II. Die Voraussetzungen der polizeilichen Verfügungsbefugnis	81
III. Das Opportunitätsprinzip	91
IV. Das Maß der Verfügung	94
V. Grundsätze	104
VI. Zusammenfassung	106



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545305_0008

Literaturverzeichnis

=====

Lehrbücher und Kommentare

- 1) V. Berg G.H. Handbuch des Deutschen Polizeyrechts,
2. Auflage 1802
- 2) Fleiner Institutionen des Deutschen Ver-
waltungsrechts,
8. Auflage 1928
- 3) Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
6. Auflage 1956
- 4) Gönner Handbuch des deutschen gemeinen
Prozesses,
2. Auflage 1804, 2. Band
- 5) Jellinek Walter Verwaltungsrecht,
3. Auflage 1931
- 6) Kopp Die Gesetze und Verordnungen über
die Organisation der inneren Ver-
waltung, das Verfahren in Verwaltungs-
sachen und die Verwaltungsrechtspfle-
ge im Großherzogtum Baden,
1896
- 7) Mayer Otto Deutsches Verwaltungsrecht,
3. Auflage 1924
- 8) Nebinger Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil
1949
- 9) Seydel Bayerisches Staatsrecht,
2. Auflage 1896
- 10) v. Turegg Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
3. Auflage 1953
- 11) Weizel Das Badische Gesetz
vom 5. Oktober 1863,
1864

Monographien

- 1) Bachof Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951
- 2) Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914
- 3) Jellinek Walter Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913
- 4) Radbruch Rechtsphilosophie 3. Auflage 1932
- 5) Schoen Paul Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, Verw.Arch. Band 27, 1919 S. 85 ff.
- 6) Tezner Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888
- 7) Tezner Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, Verw.Arch. Band 8 S. 221 und 228 ff Band 9 S. 515 ff.
- 8) Thoma Richard Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1906
- 9) Ule Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955 S. 309 ff.

Zeitschriftenaufsätze

- 1) Bachof Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955 S. 97 ff.

- 2) Dürig "Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe, JZ 1953 S. 535 ff.
- 3) Fachinger Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens, NJW 1949 S. 244
- 4) Giese Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensnachprüfung, JZ 1952 S. 585
- 5) Gross Im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1955 S. 739
- 6) Haas Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? MDR 1953
- 7) Jdel Zum unbestimmten Rechtsbegriff im öffentlichen Recht, NJW 1955 S. 733 ff.
- 8) Jarosch Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, DVBl. 1954 S. 521 ff.
- 9) Loppuch Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung, DVBl. 1955 S. 416 ff.
- 10) Meyer Klaus Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954 S. 368 ff.
- 11) Neumann-Duesberg Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952 S. 705 ff.
- 12) Reuss Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1953 S. 649
- 13) Reuss Das Ermessen, DVBl. 1953 S. 585

- 14) Schmidt-Brücken Verwaltungsermessen,
DÖV 1949 S. 41
- 15) Ule Ermessen und unbestimmter Rechts-
begriff,
DVBl. 1955 S. 148

Quellen

- 1) RegBl. = Regierungsblatt
- 2) GuVBl. = Gesetz- und Verordnungsblatt
- 3) BdGBL. = Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes
- 4) RGBL. = Reichsgesetzblatt
- 5) Röttinger Die badische Verwaltungsrechtspflege
1887
- 6) Verhandlungen der Ständekammer des
Großherzogtums Baden
- 7) Wielandt u.a. Die Rechtsprechung des Großherzogl.
badischen Verwaltungsgerichtshofs
(Abk. R), 3 Bände

Zeitschriften

- 1) CBL. = Badisches Centralblatt für Staats-
und Gemeindeinteressen
- 2) Z = Zeitschrift für die badische Ver-
waltung und Verwaltungsrechtspflege
- 3) DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt
- 4) JZ = Juristenzeitung
- 5) DÖV = Die Öffentliche Verwaltung
- 6) Verw.Arch. = Verwaltungsarchiv

Einleitung:

Das gemeine Recht eröffnete dem Untertanen das Recht, gegen seinen Landesherrn vor den Reichsgerichten, unter Umständen auch vor den Landesgerichten Klage zu erheben, wenn der Landesherr ihn bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt in seinen Rechten verletzte. Eine derartige Rechtsverletzung zählte zu den Justizsachen ¹⁾ ²⁾.

Den Justizsachen wurden die Polizeisachen gegenübergestellt, die nicht für justiziabel galten. Jhnen lag zugrunde die verwaltende Tätigkeit des Landesherrn, die der Verwirklichung der von ihm für zweckmässig und notwendig erachteten Anstalten diente und nicht zur Verletzung von Rechten der Untertanen führte.

Es fällt auf, daß die Erörterung des Unterschieds zwischen Justiz- und Polizeisachen derjenigen der modernen Verwaltungsrechtslehre und -praxis über die Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten und Ermessenssachen ähnelt. Der Satz von Berg's in seinem "Handbuch für Teutsches Polizcyrecht" S. 150: "Die Beurteilung der Güte und Zweckmäßigkeit landesherrlicher

1) Vgl. Gönner a.a.O. S. 38/39.

2) Tezner: Die deutschen Theorien der Verw.rechtspflege a.a.O. S.228 ff. Der Verfasser beschreibt die Rechtsschutzeinrichtungen des vom Reich hinsichtlich der Gerichtshoheit im wesentlichen unabhängigen Landesfürstentums Österreich. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, bei denen der Landesfürst oder öffentlich-rechtliche Verbände und Untertanen Parteien waren, wurden vor dem landesfürstlichen Gericht ausgetragen.

Verordnungen und Anstalten ist allein Gegenstand der Politik, nicht der Gerechtigkeit", könnte ebenso in einem Lehrbuch des Verwaltungsrechts der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stehen, nur daß er hier zufolge der modernen Ausdrucksweise, die mit der Fortentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft zusammenhängt, anders lauten würde, etwa so: "Die Güte und Zweckmässigkeit von Verordnungen und Anstalten der Verwaltung zu beurteilen, obliegt der Verwaltung nach deren pflichtgemässen Ermessen. Die Verwaltungsgerichte sind hierfür nicht zuständig". Der Unterschied gegenüber dem gemeinen Recht besteht in der Hauptsache darin, daß im 19. Jahrhundert die Abgrenzung des freien Ermessens der Verwaltung gegenüber der Rechtsanwendung durch die Verwaltungsgerichte erfolgt, während sie früher gegenüber der Justiz als einheitlicher Rechtsschutzeinrichtung (zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Streitigkeiten) stattfand. Die Verwandtschaft der Betrachtungsweise findet sich auch da, wo die heutige Verwaltungsrechtslehre von Ermessensfehlern spricht: So heißt es bei Berg aaO.¹⁾ "Wenn die Polizey die freye Wirksamkeit der Bürger für ihren Wohlstand willkürlich stört und die erlaubten Mittel zu diesem Zwecke ohne rechtliche Ursache ändert oder gar aus eigennützigen Absichten jenen zu entziehen und den Landesherrn zuzueignen sucht, als denn kann über Eingreifen in die Rechte der natürlichen Freyheit mit Recht geklagt werden."

Der Gerichtsschutz gegenüber Rechtsverletzungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt begann, als die Montesquieu'schen Lehren Fuß fassten, abzubröckeln. Diese Entwicklung wurde begünstigt durch das Drängen der absoluten Fürsten nach Abbau des weitgehenden Gerichtsschutzes. Den Fürsten mußte die Justiziabilität hoheitlicher Akte, obwohl sie selbst die Gerichtsbarkeit in den Händen hatten und damit die Rechtsprechung beeinflussen konnten, ein Dorn im Auge sein. In Österreich z.B. beschritt der Landesfürst den

1) S. 160/161.

Weg, die Behörden durch Verordnungen anzuweisen, bestimmte Angelegenheiten nicht mehr als streitig zu behandeln, sondern dieselben "ex nobili officio judicis" zu erledigen¹⁾. Am Ende der Entwicklung gab es keinen Gerichtsschutz gegenüber Eingriffen hoheitlicher Gewalt, es sei denn die Zuständigkeit der nun bezeichnenderweise "Civilgerichte" genannten Gerichte wurde durch juristische Konstruktionen (Fiskustheorie) begründet.

Es ist begreiflich, daß man bei diesem Stand der Dinge nach Mitteln suchte, aus dem Dilemma des fehlenden Rechtsschutzes hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten herauszukommen. Die Versuche, die angestellt, die Erörterungen, die darüber gepflogen wurden, darzustellen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Im Anschluß an das oben Gesagte ist lediglich festzustellen, daß in den Jahrzehnten der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts der Unterschied zwischen Polizei- und Justizsachen trotz der Unterbrechung, die der Gerichtsschutz erfuhr, im Bewußtsein von Gesetzgebung, Lehre und Praxis blieb. Dem neuen Rechtszustande entsprechend teilte man ein in reine Verwaltungssachen und in administrativ-kontentiöse Sachen. Der Streit entbrannte nur darüber, wem die Entscheidung der administrativ-kontentiösen Sachen zugewiesen werden sollte, ob den ordentlichen Gerichten (Zivilgerichte), den Verwaltungsbehörden oder neu einzurichtenden Verwaltungsgerichten.

Mit dem Gesetz vom 5. Oktober 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung, (Reg.Bl. S. 399 ff) siegte in Baden im Streit um die Organisation eines Rechtsschutzes in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten die Richtung, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit eigenen, von den Zivilgerichten nach Herkommen und Organisation verschiedenen Spruchbehörden zuweisen wollte. Das Gesetz bestimmt in § 1 Abs. 3: "Die Rechtspflege in bestimmten

1) Vgl. zu allem Tezner a.a.O. S. 228 ff. (241)

Streitigkeiten über öffentliches Recht wird in 1. Instanz von den Bezirksräthen unter dem Vorsitz der Bezirksbeamten und in der letzten Instanz von dem Verwaltungsgerichtshof ausgeübt". Die ins Auge springende Änderung gegenüber dem früheren Zustand besteht darin, daß von nun an äußerlich eine Trennung zwischen der "politischen Verwaltung" und der Verwaltungsrechtspflege besteht. Diese Trennung wird besonders klar belegt durch die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofes als Rekursgericht, der an die Stelle früherer Rekursinstanzen (Kreisdirektionen und Ministerien) tritt und eine reine Spruchbehörde und nicht wie die vorgenannten Behörden noch Verwaltungsstelle ist.

Der zitierte § 1 Abs. 3 des Verwaltungsgesetzes gibt bereits Auskunft darüber, wie der Badische Gesetzgeber sich die Zuständigkeitsverteilung zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten dachte. Er bediente sich der Enumerationsmethode, indem er die einzelnen Streitfälle, die der Entscheidung der Verwaltungsgerichte unterworfen sein sollten, aufzählte, d.h. er traf eine Auswahl.

Für die uns hier interessierende Frage der Behandlung des freien Ermessens ergeben sich daraus wichtige Konsequenzen.

1. Der Gesetzgeber von 1863 spricht von bestimmten Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Damit akzeptiert er die überkommene Unterscheidung von Verwaltungssachen und administrativ-kontentiösen Sachen (öffentl.rechtl. Streitigkeiten) grundsätzlich. Ein Streit um Rechte setzt das Vorhandensein von Normen, die diese Rechte begründen, voraus¹⁾, ein Streit um den Inhalt eines objektiven Rechtssatzes jenen Rechtssatz. Umgekehrt gesehen: Die Verwaltungsgerichte sollen nicht befugt sein, über Fragen zu urteilen, die in das "rechtsfreie" Gebiet des Verwaltungsermessens fallen.

1) E R II 9 (21. Jan. 1891).

2. Indem der Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten nur bestimmte Rechtsstreitigkeiten zur Entscheidung überläßt, spricht er mittelbar aus, daß andere, nicht im Zuständigkeitskatalog aufgezählte Streitigkeiten der Behandlung durch die Verwaltungsbehörden unterliegen¹⁾. Diese sind Verwaltungssachen im Sinne des Gesetzes. Damit wird die Unterscheidung zwischen Ermessenssachen und administrativ-kontentiösen Sachen erschwert. Das Verwaltungsgesetz gibt seinen Begriffen keinen materiellen, sondern einen formalen Inhalt. Eine Verwaltungssache soll immer dann vorliegen, wenn die Verwaltungsbehörden, eine Verwaltungsstreitsache dann, wenn die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung berufen sind²⁾.

Von der dargestellten³⁾ Auffassung des badischen Gesetzgebers, die Verwaltungsgerichte seien nicht befugt, Ermessensfragen zu beurteilen, gibt es Ausnahmen. In der Begründung des Entwurfs des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPflG) vom 14. Juni 1884 (G.u.VBl.S. 197 ff), dem Nachfolger des Verwaltungsgesetzes, und den Kommissionsberichten kommt das auch zum Ausdruck. Im Anschluß an die Schilderung eines Ausnahmefalles, in dem nach Ansicht des Gesetzgebers von 1884 die Verwaltungsgerichte

-
- 1) Hierzu der VGH: "Aus der Natur eines Streites als eines Streites über ein öffentliches Recht folgt noch nicht die Kompetenz der Verwaltungsgerichte zu dessen Entscheidung, da außer dieser Beschaffenheit erforderlich ist, daß der Rechtsstreit seinem Gegenstand nach speziell zur Aburteilung an die Verwaltungsgerichte vom Gesetz verwiesen sei." (VGH in Z. 1870 S. 164, Gutachten zu einer Nichtigkeitsbeschwerde).
- 2) Immerhin trennt die Vollzugsverordnung zum Verwaltungsgesetz vom 12. Juli 1864. (Reg.Bl. S. 333 ff) (Verfahrensordnung) innerhalb der Verwaltungssachen nach "Verwaltungsstreitsachen" und "Ermessenssachen". Sie gewährt in §§ 83 ff. das Recht zum Rekurs (förmliche Beschwerde) an die vorgesetzte Behörde nur bei den ersteren. Bei Ermessensentscheidungen muß sich der Beschwerde mit einer formlosen, nicht an eine Frist gebundenen und die Behörde nicht zur Abhilfe verpflichtenden Beschwerde begnügen (§ 86).
- 3) s. S. 4 Ziff. 1).

Ermessen üben, heißt es:

"Die Erwähnung, daß nur eine ausnahmsweise Zulassung (der Ermessensübung der Verwaltungsgerichte) vorliegt, rechtfertigt sich durch den ganzen Grundgedanken unserer badischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine ausdrückliche Hervorhebung dieses Grundgedankens enthält Art. 13 des Bayerischen Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878; während sich die Zuständigkeit preußischer Verwaltungsgerichte vielfach auf Fragen erstreckt, bei denen es sich lediglich um Erwägungen der Zweckmäßigkeit oder der Berücksichtigung tatsächlicher Verhältnisse handelt. - Keinesfalls könnte daher für das badische Recht behauptet werden, daß eine verwaltungsgerichtliche Klage stets nur dann zulässig sei, wenn behauptet oder nachgewiesen werden könne, daß gegen ein Gesetz verstoßen worden sei." ¹⁾ ²⁾

-
- 1) Komm. Bericht 2. Kammer, Verhandlungen der 2. Kammer, 4. Beilagenheft, S. 660 = Röttiger S. 14/15.
 - 2) Ein Beispiel für eine Ermessenszuständigkeit des VGH - wenigstens nach damaliger Auffassung - findet sich im Feldbereinigungsgesetz vom 5. Mai 1856 (Reg.Bl.S.167 ff) in Verbindung mit der Vollzugsverordnung zu diesem Gesetz von 1869 (G.u.VBl.S. 467). Nach Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes findet ein Rekurs gegen die Entscheidungen der mit der Ausführung der Feldbereinigung betrauten Vollzugskommission nur statt, wenn wesentliche Vorschriften des Gesetzes verletzt worden sind. Eine nochmalige Prüfung der in Art. 8 genannten, von der Kommission erledigten Punkte kann nur dann verlangt werden, wenn dabei erhebliche tatsächliche Irrtümer unterlaufen sind, oder wenn wahrscheinlich gemacht wird, daß auffallende Benachteiligungen vorgekommen sind. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, die sich allgemein aus § 5 Ziff. 7 und § 15 des Verw.G. vom 5. Oktober 1863 ergibt, bestimmt § 16 der erwähnten landesherrlichen Vollzugsverordnung zum Feldbereinigungsgesetz, daß Beteiligte, die sich mit der Erledigung der Feldbereinigung nach Art. 8 durch die Kommission nicht zufriedengeben können und vergeblich eine nochmalige Prüfung durch eine verstärkte Kommission (Art. 11 Abs. 2) verlangt haben, die Entscheidung des Bezirksrats oder des Verwaltungsgerichtshofs erwirken können. Der Art. 8 des Feldbereinigungsgesetzes nun regelt in Verbindung mit Art. 9 des Gesetzes die materiellen Befugnisse der Vollzugskommission und umschreibt deren Auftrag. Aus dem Wortlaut insbesondere

Geht man von der Grundhaltung des badischen Gesetzgebers aus, dann liegt in der wichtigen Vorschrift des § 4 Abs. 4 VRPflG nur deren Bestätigung: "Insoweit die Behörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit nach Ermessen im Sinne des Gesetzes zu verfügen berechtigt sind, findet die Klage nicht statt." Der Gesetzgeber schließt in diesem Falle die Nachprüfung des freien Ermessens aus, d.h. er läßt sie auch nicht ausnahmsweise zu. Wenn die 1. Kammer der Ermessensklausel eine andre Formulierung geben will, damit ohne Schwierigkeiten zu ersehen sei, "daß das freie Ermessen überall da stattfindet, wo die Gesetze keine Schranken für die Verwaltung gezogen haben, kurz, daß die Präsuntion immer für die freie Bewegung der Verwaltung streitet"¹⁾ kann man ermes- sen, wie sehr man bemüht ist, festgewurzelten Anschauungen Nachdruck zu verleihen.

des Art. 9 ist zu entnehmen, daß sie bei der Durchfüh- rung der Feldbereinigung zwar bestimmte Schranken und Grundsätze einhalten muß, im ganzen aber doch einen nach ihrem Ermessen gütlichen Ausgleich herbeiführen soll.

Die Zuweisung der Entscheidung an die Verwaltungsge- richte und mithin den VGH nach § 16 der VollzugsVO. i. V.m. Art. 11 des Gesetzes hat zur Folge, daß der VGH Ermessenserwägungen anstellen muß. Der VGH hat in 2. Instanz eine nochmalige Prüfung der Punkte des Art. 8, die an sich der verstärkten Vollzugskommission zuge- dacht ist, vorzunehmen und wenigstens, soweit zu be- rücksichtigende Interessen des antragenden Beteiligten in Rede stehen, den Vollzugsplan für ungültig zu er- klären.

Bezeichnenderweise ist diese verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit in Ermessenssachen im VRPflG beseitigt. Im Regierungsentwurf heißt es dazu, die Klage gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes (i. V.m. der VollzugsVO.) soll nicht mehr stattfinden, "da hier thatsächliche und tech- nische Fragen zu prüfen sind, deren Beurtheilung der höheren Verwaltungsbehörde füglich überlassen bleiben kann". Der Kommissionsbericht der 2. Kammer äußert sich zustimmend: "In Berücksichtigung, daß gerade hier vor- wiegend thatsächliche u. technische Fragen des Ermessens nach Zweckmäßigkeitsgründen vorliegen, wird gegen die Abänderung (der Zuständigkeit) nichts zu erinnern sein." (Zitate nach Röttinger a.a.O. S. 28 u. 37).

1) Komm. Bericht 1. Kammer, Verhandlungen der 1. Kammer, Beilagenhaft I S. 14. = Röttinger S. 44/45.

Der Satz, daß die Verwaltungsgerichte nicht befugt seien, Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden nachzuprüfen, und die Geltung dieses Satzes vom Beginn der Verwaltungsgerichtsbarkeit an haben dazu geführt, daß die Erscheinung des "freien Ermessens" zu einem Zentralproblem des Verwaltungsrechts, insbesondere des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht geworden ist. Man konnte sich naturgemäß nicht mit der Tatsache der Gerichtsfreiheit des "freien Ermessens" begnügen. Gewisse Techniken der Gesetzgebung, das Interesse der Verwaltung und des der Verwaltung gegenüberstehenden Bürgers verlangten ein genaueres Studium dessen, was denn nun einmal das freie Ermessen war, wo insbesondere die Grenzen zur eigentlichen Rechtsanwendung, die ihrerseits im Rahmen des Enumerationsprinzips gerichtlich nachprüfbar war, lagen. Der frühere Rechtszustand hatte zu Erörterungen dieser Art keinen Anlaß gegeben, stand doch dem Bürger gegenüber den Eingriffen der Verwaltungsbehörden in seine private Sphäre in gleicher Weise eine Rechtsbeschwerde und eine "Ermessensbeschwerde" zur Verfügung, über die die Aufsichtsinstanz der handelnden Behörde entschied. Da waren Kompetenzstreitigkeiten, wie sie nach der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen den Verwaltungsgerichten und den Verwaltungsbehörden entstehen konnten, nicht zu befürchten, und eine theoretische Klärung des Problems wurde nicht für dringend erachtet. Bei dem nun aber durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erweiterten Rechtsschutz war es ein begreifliches Anliegen, eine genaue Abgrenzung der beiderseitigen Zuständigkeiten, d. i. hier die Abgrenzung des "freien Ermessens" gegenüber der Rechtsanwendung zu finden. Die formale Betrachtung des Gesetzes allein genügte hierzu nicht. Hinzukommen mußte eine Auseinandersetzung mit dem materiellen Gehalt dessen, was mit "freiem Ermessen" bezeichnet wurde.

Schrifttum und Praxis teilten sich in die Arbeit, die festen Grundlagen zu finden. In den ersten 50 Jahren, in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre Bewährungsprobe zu bestehen hatte, bildete sich allmählich eine

Theorie über die Erscheinung des "freien Ermessens" heraus, die wir als die "klassische" bezeichnen wollen. Sie beantwortet die Frage, was "freies Ermessen" sei, wie folgt:

Freies Ermessen sei

- a) die freie Wahl zwischen mehreren Verhaltensweisen (Wahlermessen),
- b) die individuelle Abgrenzung und Ausfüllung eines unbestimmten Gesetzesbegriffes, d.h. das subjektive Erkenntnis über den Inhalt eines unbestimmten Begriffs, dem eine "echte Mehrdeutigkeit innewohne" ¹⁾ (Erkenntnis- oder Urteilsermessen).

Soweit die Lehre von der Beurteilung unbestimmter Gesetzesbegriffe spricht, rückt sie das "freie Ermessen" in unmittelbare Nachbarschaft zu der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe als Erscheinungsform der Rechtsanwendung. Sie unterscheidet demnach bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen einerseits Ermessensbegriffe, andererseits Auslegungs-(Rechts)begriffe. Die von der klassischen Theorie getroffene Unterscheidung bildet den Hauptstreitpunkt innerhalb der Lehre vom freien Ermessen, denn sie ist kaum befriedigend lösbar. Rechtsstaatliche Bedürfnisse führten dazu, daß sich die Praxis um die Differenzierungen oft gar nicht mehr kümmerte und anfangs, Ermessensbegriffe nachzuprüfen. Auf die Auseinandersetzungen, die in dieser Frage gepflogen wurden, wird in einem besonderen Kapitel einzugehen sein.

Innerhalb der Erörterungen der Wissenschaft und der Praxis spielt die Frage, ob das Ermessenshandeln der Verwaltungsbehörden eine von der Rechtsanwendung völlig verschiedene Art der Verhaltensweise der Verwaltung ist, oder ob etwa nur graduelle Unterschiede bestehen, eine Rolle. Beide Ansichten sind vertreten worden ²⁾. Weit

1) Statt aller Fleiner aaO. S.142 ff. vgl. Reuss. DVBl. 1953 S. 585 ff.

2) Qualitativer Unterschied: z.B. Großh.Bad.VGH. (Vgl. 1. Hauptteil S.17/18) Reuss DVBl. 1953 S.585 ff. Jellinek. Lehrbuch S.30 ff.

quantitativer Unterschied: Herrenritter aaO. S. 297.

überwiegend ist jene, die einen qualitativen Unterschied annimmt. Das "freie Ermessen" ist aber, ganz gleich welcher Ansicht man folgt, immer im Zusammenhang mit der Rechtsordnung zu betrachten.

Hieraus ergeben sich weitere Fragen. Eine davon ist das Abgrenzungsproblem, das für das Urteilsermessen schon gestreift wurde, das aber auch für das Wahlermessen besteht. Es gilt nämlich festzustellen, wo das Ermessen beginnt und wo es aufhört, d.h. wo die Grenzen des sogenannten Ermessensspielraums liegen. Überschreitet die Verwaltungsbehörde die äußeren und inneren Grenzen, maßt sie sich eine Freiheit an, die ihr nach der Rechtsordnung gar nicht zusteht. Sie muß in ihre Schranken zurückgewiesen werden. Kontrollinstanz ist das Verwaltungsgericht, das auf diese Weise Gelegenheit bekommt, Wesentliches zum "freien Ermessen" zu sagen.

Die Grenzen des freien Ermessens sind in der Entwicklung fließend. Ihrem Gehalt nach dienen sie der Bewahrung der Rechtsordnung. Denkbar ist eine Grenzziehung lockerer Art. Die Geschichte zeigt aber, daß die Tendenz besteht, die Grenzen auf Kosten des Gebietes des freien Ermessens immer von neuem zu revidieren. Man kann von einer Einschnürung des Verwaltungsermessens sprechen, einer Entwicklung, die so lange andauern wird, wie der Rechtsstaat dem einzelnen in wachsender Zahl subjektive öffentliche Rechte verleiht und die Verwaltung mehr als früher durch zwingendes Recht bindet.

Wir sind am Ende des einleitenden Überblicks angelangt und können zum Thema der Arbeit übergehen. Die Frage lautet, wie hat sich das älteste deutsche Verwaltungsgericht, der Großherzoglich Badische Verwaltungsgerichtshof, mit den angeschnittenen Problemen auseinandergesetzt, zu welchen Lösungen ist es gelangt.

Dem Thema entsprechend wird an den Stellen, für die es angezeigt erscheint, auf die geschichtliche Entwicklung der Auffassung des Gerichtshofs bis zu den Jahren 1918/19, in denen sich der Übergang von der Monarchie

zur Republik vollzieht, eingegangen. Zu diesem Zeitpunkt waren die tragenden Grundsätze zu den hier interessierenden Fragen herausgearbeitet. Der Staat der Nachkriegsjahre sah sich neuartigen und weitgehenden Verpflichtungen gegenüber, die sich in der steigenden Zahl der Gesetze auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts widerspiegeln. Die Last der Verwaltung nahm zu: die Technik der Gesetzgebung und die aus der Zeit des Großherzogtums überkommenen Grundsätze der Ermessensübung blieben dennoch dieselben. Der Verwaltungsgerichtshof des Freistaates konnte an eine in sich geschlossene Spruchpraxis seines Vorgängers anknüpfen.

Erst als nach dem zweiten Weltkrieg der Verwaltungsgesamtsschutz durch die Einführung der Generalklausel entscheidend erweitert wurde, lebte die Diskussion um die Fragen des freien Verwaltungsermessens wieder auf. Die Belange der Verwaltung einerseits und die des verstärkten Gerichtsschutzes andererseits verlangten nach einer vertieften Abgrenzung der beiderseitigen Bereiche. Die heute noch andauernde Auseinandersetzung in Wissenschaft und Praxis fusst auf den Grundlagen, die die klassische Theorie erarbeitet hat. Es zeigt sich, daß sich schon die letztere an gewisse Lösungen der heutigen Lehre und Praxis insbesondere zu dem Problem der Unterscheidung von Ermessensbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen, wenn auch zum Teil zögernd und unbewusst, herangetastet hat. In der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, am Beispiel der Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgesamtshofs die Grundlagen der heutigen Lehre und Rechtsprechung zusammenzufassen und zugleich die erwähnten Ansätze zu modernen Lösungen darzustellen.

In einem ersten Hauptteil wird untersucht, welche Auffassung vom Wesen des freien Ermessens sich der Gerichtshof zu eigen gemacht hat. Die Ausführungen werden sich auf das Wahlermessen und das Urteils-

ermessen erstrecken. Das besondere Abgrenzungsproblem zwischen dem Urteilsermessen und der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe soll - wie schon gesagt - einem besonderen Kapitel vorbehalten bleiben. In diesem ersten Hauptteil wird insbesondere auch die Rechtsprechung zu den Schranken des Ermessens behandelt.

Der zweite Hauptteil ist dem Ermessensbegriff und seinen Auswirkungen auf Lehre und Rechtsprechung gewidmet. An ihn schliesst sich ein kurzer dritter Hauptteil über die Wechselwirkungen zwischen dem freien Ermessen und dem Enumerationsprinzip im Rechtssatz an. Den Abschluss bildet der vierte Hauptteil mit einer Darstellung der Judikatur des Gerichtshofs zum Polizeirecht, insbesondere zu § 30 des badischen Polizeistrafgesetzbuches von 1863.

1. Hauptteil: Das "freie Ermessen".

I. Rechtsstreitigkeit und Ermessensstreitigkeit.

Um es vorwegzunehmen: Der VGH hat sich verhältnismäßig selten zur Natur des freien Ermessens geäußert. Die Quellen, von denen im Nachfolgenden ausgegangen werden muß, sind infolgedessen dürftig. Auf den ersten Blick mag diese Mitteilung befremden. Sie wird aber verständlich, wenn man zunächst beachtet, daß der VGH einer im großen und ganzen gefestigten Technik des Gesetzgebers zum freien Ermessen gegenübersteht, ihm also grundsätzlich aus der Existenz des freien Ermessens und der aus diesem zu folgenden verwaltungsgerichtlichen Unzuständigkeit keine Schwierigkeiten erwachsen. Ausnahmen bestätigen auch hier die Regel.

Wird eine Ermessenszuständigkeit der Verwaltung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen als gegeben erachtet, eine Frage, die durch Auslegung vom Gericht zu ermitteln ist, dann hat der VGH keine Ursache mehr, näher auf die Erscheinung einzugehen. Tut er es dennoch, dann eben meistens in einer mehr aphoristischen Art und Weise, aus der dann Rückschlüsse zu ziehen ein schwieriges Beginnen darstellt.

Auch in der nun allerdings sehr ausgedehnten Judikatur zu den Grenzen des Ermessens klingt nur immer am Rande an, was eigentlich Ermessen sei. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß ihn entscheidend interessiert, was nicht mehr Ermessen ist. Denn da, wo das Ermessen aufhört, beginnt seine Zuständigkeit. Daß diese Sicht der Dinge nicht falsch ist, beweist die meist konträre Gegenüberstellung von Rechtsstreitigkeit und Ermessensstreitigkeit, von Rechtsanspruch und faktischen Interessen, die immer wieder unter dem Einfluß des in der Einleitung

vorausgeschickten Satzes steht, daß die Verwaltungsgerichte nicht zuständig sind, in Ermessensangelegenheiten zu entscheiden.

Ausgangspunkt einer Auseinandersetzung mit der Erscheinung des "freien Ermessens" ist also die Zweiteilung des Verwaltungshandelns überhaupt, die "Rechtsanwendung" einerseits und die "Ermessensübung" andererseits. Sie ist dem VGH vorgegeben. Nur aus der "Rechtsanwendung" im weitesten Sinne verstanden können Streitigkeiten über Rechte entstehen, über die allein die Verwaltungsgerichte und mithin der VGH nach den Zuständigkeitsgesetzen zu entscheiden berufen sind. In einer Sache angerufen, muß der VGH also zunächst einmal prüfen, ob eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Fehlt es an ihr, dann ist er nicht nur unzuständig - wie er es auszudrücken pflegt -, sondern die verwaltungsgerichtliche Klage ist in zivilistischer Terminologie gesprochen schlechthin unzulässig. Auskunft über das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit gibt aber die Rechtsnorm.

Nach den eigenen Worten des VGH setzt ein Rechtsstreit im öffentlichen Recht voraus, "daß die klagende Partei gestützt auf eine für die Streitenden bindende Norm zu behaupten vermag, daß die beklagte Partei eine Handlung begangen oder unterlassen habe, welche sie der klagenden Partei gegenüber gemäß jener Norm unterlassen oder tun müsse."¹⁾ Wesentlich ist demnach die Bindung, die die Norm erzeugt. Sie muß Rechte verleihen oder Pflichten auferlegen, die zwischen den Streitteilen in Form einander gegenüber stehender "Ansprüche" mit Durchsetzungskraft versehen sind (subjektiv-öffentliche Rechte). Das Mittel des Gesetzgebers, mit welchem er dem Willen, Rechtsansprüche zu gewähren oder Rechtspflichten aufzuerlegen, Ausdruck verleiht, ist die zwingende Rechtsnorm. Das Gegenteil der "bindenden Rechtsnorm" ist für den VGH die

1) E R I 3 (8. April 1873).

zum Ermessen ermächtigende Norm. In der zitierten Entscheidung heißt es weiter: "Ist die angerufene Norm von der Art, daß das von dem klagenden Theile für sich in Anspruch genommene Thun oder Lassen in das freie Ermessen der beklagten Verwaltung gelegt ist, so liegt im Streite über den Gebrauch dieses Ermessens kein Streit über ein gesetzlich anerkanntes und geschütztes Recht des Klägers, sondern nur ein solcher über ein faktisches Interesse desselben, welches zu befriedigen lediglich der freien Erwägung und Thätigkeit der Verwaltung selbst anheimgegeben ist, ohne daß das Verwaltungsgericht dabei einzugreifen berufen wäre." Nach den Ausführungen ist die Ermessensnorm eine Norm, die eine Verwaltungsangelegenheit der "freien Erwägung und Thätigkeit" der Verwaltung unterstellt. Es liegt nahe, an eine Ermächtigung oder Erlaubnis, etwas zu tun oder zu unterlassen, zu denken.

Die Auslegung des Gesetzes, das die angerufene Norm enthält, bereitet in vielen Fällen keine Schwierigkeiten. Insbesondere wird dem VGH die Entscheidung leicht fallen, wenn, wie üblich, der sprachliche Ausdruck klar ist. Doch ist dies nicht immer der Fall. Gerade die klassische Theorie des Urteilsermessens, d.h. des subjektiven Erkenntnisses der Verwaltungsbehörde über einen unbestimmten Gesetzesbegriff, wirft in dieser Hinsicht heikle Fragen auf. Denn an der sprachlichen Wendung kann der Richter nicht erkennen, ob irgendein unbestimmter Begriff - eventuell noch in einer zwingenden Norm - der alleinigen Beurteilung der Verwaltungsbehörde unterliegt. Es ist daher kaum zu verwundern, daß die einzelnen Lösungen der Frage oft einander widersprechen.¹⁾

II. Zum Wesen des "freien Ermessens".

Auf die Gestalt der Ermessensnorm wird noch einzugehen sein. Zuerst wird aber, - wenigstens in groben Zügen - die Auffassung des VGH über die materielle Natur des Ermessens geschildert.

1) Vgl. 2. Hauptteil.

Zwei Punkte der besprochenen Entscheidung verdienen hervorgehoben zu werden. Der VGH spricht vom Ermessen als von einer Verhaltensweise, die freie Erwägung (Entscheidung) und Tätigkeit der Verwaltungsbehörden umfaßt. Frei in diesem Sinne heißt einmal frei von Gebot und Verbot, das andere Mal frei von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Die Ermessenstätigkeit kann gegen private Interessen verstoßen, doch ergeben sich hieraus grundsätzlich keine Kollisionen, die zu Rechtsstreitigkeiten führen können, da der einzelne gegen die Verwaltung keinen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten hat.

Ähnliches kommt auch in anderen Entscheidungen zum Ausdruck: Einer Gemeinde war von der Staatsverwaltungsbehörde der Bau einer Wasserleitung aufgegeben worden. Die Gemeinde klagte und machte geltend, ein weniger kostspieliges Projekt als das von der Staatsverwaltungsbehörde vorgesehene hätte der Notlage auch zu steuern vermocht. Über diese Frage lehnte der VGH ab zu befinden, da sie nicht ins Rechtsgebiet gehöre, sondern in den Kreis des administrativen Ermessens falle.¹⁾ Ganz ähnlich liegt ein Fall, in dem er es ablehnte, die Zweckmäßigkeit einer feuerpolizeilichen Schutzvorkehr zu überprüfen, da ein Streit der Beteiligten darüber lediglich ein Streit über ein natürliches Kausalverhältnis, nicht aber ein Streit über ein Verwaltungs-Recht sei.²⁾ In dem in der Rechtsprechung I 3 nicht veröffentlichten Teil der mitgeteilten Entscheidung spricht der VGH sich noch einmal - und zwar konkreter - über das Ermessen aus. In Frage stand die polizeiliche Verpflichtungsbefugnis zur Regelung des Wasserrechtsgebrauchs an einem Gewässer aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit: Soweit der Verwaltungsbehörde bezüglich solcher Anordnungen keine bestimmten gesetzlichen Schranken oder Verpflichtungen auferlegt seien, könne und müsse sie in Verfolgung ihres Zieles - vorbehaltlich ihrer allgemeinen konstitutionellen

1) E R II 36 (2. Mai 1895)

2) E R II 30 (14. Oktober 1891).

Verantwortung - lediglich nach ihrem freien Ermessen handeln. Ein Streit der beteiligten Interessenten mit der Verwaltung über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, überhaupt die Ausübung des freien Ermessens sei daher kein Streit über ein bestimmtes öffentliches Recht oder eine öffentliche Pflicht, sondern lediglich ein Streit über die faktische Versorgung von öffentlichen Interessen, worüber allein der Verwaltung das Urteil zustehen.

Man sieht, der Gedanke herrscht vor, das freie Ermessen als Erscheinung außerhalb des Rechts oder der Rechtsordnung zu begreifen. Der VGH drückt sich zwar nicht immer so deutlich aus. Im Grunde genommen kann man diese Auffassung in jeder einschlägigen Entscheidung wiederfinden. Meist geschieht das in der Form einer Schlußfolgerung in der Weise, daß einer Angelegenheit der Charakter einer Rechtsstreitigkeit abgesprochen wird, oder aber doch so, daß der Gegensatz der Ermessenssache zur Rechtsstreitigkeit hervorgekehrt wird. Hierzu noch einige Beispiele:

- 1) Eine Gemeinde besaß zwei Waldungen, von denen eine der Gewinnung der jährlichen Bürgerholzgaben diente. Der Gemeinderat beschloß eines Tages dieses Waldstück nicht mehr wie bisher als Mittelwald (was durch den wirtschaftlichen Zweck bedingt war), sondern als Hochwald zu bewirtschaften. Die Gabholzberechtigten klagten beim Bezirksrat, daß der Beschluß gesetzwidrig sei, da die Änderung der Bewirtschaftung eine Minderung des jährlichen Anfalls an Gabholz zur Folge habe. Der Bezirksrat wies die Klage ab, da keine Rechtsverletzung ersichtlich sei. Auf die Berufung der Kläger wies der VGH - anderer Ansicht - den Bezirksrat an, eine Tatsachenentscheidung herbeizuführen. Gegen die Entscheidung des VGH erhob die Gemeinde Nichtigkeitsbeschwerde. Der VGH hatte Gelegenheit, sich zu der Nichtigkeitsbeschwerde der Gemeinde zu äußern. Er stellte sich auf den Standpunkt, das Beginnen der Gemeinde stelle eine Gefährdung oder Verletzung der Rechte der Gemeindebürger auf Gabholz dar "Keinem Gericht würde es einfallen, ein Urteil darüber abgeben zu wollen, ob, wann und wie die Gemeindeverwaltung von dem ihr nach § 137 (des Gesetzes über die Verfassung und

Verwaltung der Gemeinden (Gemeindeordnung) vom 31. Dez. 1831 i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. Mai 1858 Reg.Bl. S.511 ff.) zustehenden Rechte zu Veränderungen in der Kultur des Gemeindeguts Gebrauch machen solle, da die Bestimmung hierüber ... lediglich Sache des administrativen Ermessens der Gemeinde ist." Wenn aber behauptet werde, daß die Handlungsweise der Gemeinde eine gesetzliche Schranke überschreite, indem die fragliche Kulturänderung eine Verletzung des (den Bürgern) zustehenden öffentlichen Rechts nach § 104 involviere, "so handelt es sich nicht mehr um die Geltendmachung eines administrativen Ermessens, sondern um die Konstatierung und, je nach Befund, Rückgängigmachung einer angeblichen, durch die Gemeindeverwaltung verübten Verletzung des behaupteten Rechts der genußberechtigten Bürger, wozu ausdrücklich die Verwaltungsgerichte berufen sind". 1)

- 2) Durch § 5 Abs.2 des Straßengesetzes vom 15.1.1868 (Reg.Bl.S.13 ff) ist es lediglich dem Ermessen der Verwaltungsbehörden anheimgestellt den (beitragspflichtigen) Gemeinden einen Teil der Last abzunehmen, einen Rechtsanspruch darauf gewährt das Gesetz nach dem klaren Wortlaut in diesem Falle nicht. 2)
- 3) Nach § 69 2 des Elementarunterrichtsgesetzes vom 8. März 1868 (Reg.Bl.S.251) darf die Schulbehörde den Beitrag von nicht leistungsfähigen Gemeinden ermäßigen. Der VGH: Der Umfang der Leistungsfähigkeit einer Gemeinde lasse sich nicht nach Rechtsgrundsätzen, sondern lediglich nach Rücksichten des öffentlichen Interesses bestimmen, sie hänge ab von der Abwägung der Bedeutung der öffentlichen Anforderungen einerseits und der Erhaltung, unter Umständen auch Hebung der Leistungsfähigkeit der Verpflichteten andererseits, somit von Gesichtspunkten, an deren entsprechenden Berücksichtigung der Staat ein gleichmäßiges Interesse habe. Die ausgleichende Vermittlung zwischen diesen Gesichtspunkten zu finden, sei aber eine Aufgabe der für das allgemeine Wohl sorgenden und verantwortlichen Staatsverwaltung, nicht der nur nach bestimmten Rechtsnormen entscheidenden Rechtspflege 3).
- 4) Zum gleichen § 69 heißt es in einer anderen Entscheidung: "Das Gesetz erteilt nach seinem klaren Ausdruck der Staatsbehörde nur die Ermächtigung und legt ihr nirgend eine rechtliche Verbindlichkeit auf" 4).

1) Z 1870 S.161/162 ff.

2) E Z 1882 S.205 ff (17.Okt.1882)

3) E R I 1019 (30. Sept. 1885) = Z 1885 S. 199

4) E Z 1886 S. 13 ff. (14) (28. April 1885).

- 5) Die Polizei erteilte gemäß Art. 7 Abs. 2 Ortsstraßengesetz vom 20. Februar 1868 (Reg. Bl. S. 286) Nachsicht von der Einhaltung einer Baufluchtlinie. Ein Dritter klagte dagegen. Der VGH weist ab: "Wenn die Polizei die Entscheidung traf, dann hat sie damit kein Gesetz verletzt, noch weniger einen subjektiven Rechtsanspruch des Klägers, sondern nur von dem ihr zukommenden Ermessen Gebrauch gemacht" 1).

Die Argumentation ist also beherrscht von dem Gegensatz Ermessenssache und Rechtsstreitigkeit. Der Grund liegt auf der Hand und wurde schon erwähnt. Der VGH ist zunächst und nur zuständig zur Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten. Die Tatsache, daß ihm der ganze Bereich des Ermessens entzogen ist, enthält folglich schon die formale Erklärung, daß eine Ermessenssache keine Rechtsstreitigkeit, sondern etwas anderes darstelle. Der VGH versucht, wie wir gesehen haben, auch das "Andere" zu erfassen. Es ist von der Entscheidung über natürliche Kausalabläufe, von technischen Fragen die Rede. Die politische Tätigkeit des Ausgleichs von Wirkung und Gegenwirkung und die hieraus fließenden Wahlentscheidungen werden genannt. Die Verwaltung sei bei der Ausübung des freien Ermessens durch keine Rechtspflichten gebunden. Sie habe sich nur von der "administrativ-politischen Verantwortlichkeit" leiten zu lassen, über die sie keine Rechenschaft zu geben schuldig sei,²⁾ und lediglich die Erfordernisse der Zweckmäßigkeit zu beachten³⁾.⁴⁾

Die Überlegung, die Verwaltungsgerichte seien nicht befugt, über Fragen des freien Ermessens zu urteilen, da Ermessenssachen keine Rechtsstreitigkeiten seien, steht, ohne daß sie zum Ausdruck gebracht wird, hinter zahlreichen Entscheidungen, in denen der VGH seine Unzuständigkeit ausspricht.⁵⁾ Verhältnismäßig selten werden Gedanken

1) E Z 1889 S. 151 (156) (29. März 1889)

2) E Z 1889 S. 151 (153) (29. März 1889)

3) E Z 1889 S. 135 (137) (19. Nov. 1890)

4) Vgl. die Kritik S. 33 ff.

5) Vgl. E R I 91, 265, 1108; Z 1912 S. 219 (2. Juli 1912)
Z 1914 S. 225 (4. März 1914); usw..

sichtbar, die auf mehr als nur die Vollziehung der Zuständigkeitsregel hindeuten, etwa dann, wenn der VGH ausführt, daß freies Ermessen seiner inneren Natur nach nicht Gegenstand richterlicher Prüfung und Entscheidung sein könne¹⁾, oder sagt, administrative Erwägungen und Entschlüsse anzustellen, sei Sache der Verwaltung, nicht aber des Verwaltungsgerichts, da diese nur zur Aburteilung streitiger öffentlicher Rechtsansprüche, nicht aber zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen berufen sei (gemeint ist politische Verwaltungstätigkeit)²⁾.

Wesentliches für den Inhalt des freien Ermessens enthält nun die Ermessensnorm selbst, der wir uns jetzt zuwenden müssen, und mit der sich auch der VGH immer wieder auseinanderzusetzen gehabt hat. Es ist schon erwähnt worden, daß sie im Unterschied zur bindenden Norm eine Ermächtigung zu einem freien Tun oder Unterlassen der Behörde zum Ausdruck bringen muß. Eine Fülle gesetzlicher Formulierungen weist geradezu auf eine Ermessensermächtigung hin. Der Gesetzgeber sagt etwa wörtlich, diese oder jene Anordnung zu treffen, liege im freien Ermessen der Verwaltungsbehörde; die Verwaltungsbehörde "kann" etwas tun oder nicht tun, sie sei "befugt", sie "dürfe" eine Maßnahme ergreifen.

Nach § 53 GewO. vom 21. Juni 1869 (BdGBI. S. 245) "kann" die Polizei eine gewerbliche Genehmigung im Sinne des § 33 GewO. zurücknehmen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Der VGH folgert, daß die Polizeibehörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen über die Zurücknahme entscheide³⁾.

Nach § 14 des Jagdgesetzes vom 2. Dez. 1850 (Reg.Bl. S. 407) kann die Staatsverwaltungsbehörde, wenn

1) E R I 1020 (22. April 1885); vgl. auch die oben S. 18 zitierte E R I 1019.

2) E Z 1874 S. 106 ff. (10. März 1874).

3) E R I 88 (7. Nov. 1888) = R I 1160; E R III 1059 (9. Jan. 1900).

bestimmte Voraussetzungen vorliegen, die Ausstellung eines Jagdpasses verweigern. Der VGH betont in bald jeder Entscheidung die Ermessenszuständigkeit der Verwaltung.

Nach § 30 des Polizeistrafgesetzbuches vom 31. Okt. 1863 (Reg.Bl. S. 402) i.d. Fassung v. 7. Mai 1890 (Ges.u. VB. S. 217 ff) sind die Polizeibehörden "befugt", im Rahmen der aufgestellten Voraussetzungen Maßnahmen zur Beseitigung ordnungswidriger oder rechtswidriger Zustände zu ergreifen. Der VGH hat - von bestimmten Grenzfällen abgesehen - immer an dem Grundsatz festgehalten, die Polizei entscheide in freier Erwägung der Umstände, ob sie tätig werde oder nicht (Opportunitätsprinzip)¹⁾. Hier- zu noch einige Entscheidungen:

1) In einem Rechtsstreit behauptete der Vertreter des Staatsinteresses, der VGH sei nicht zuständig, über die Befreiung der klagenden Gemeinde von der Beitragspflicht zur Unterhaltung einer Landstraße zu entscheiden. Die diesbezügliche Rechtsnorm enthalte eine Ermessensermächtigung. Der VGH war anderer Ansicht: Der Ausdruck des Gesetzes lasse es als unzweifelhaft erscheinen, daß den Gemeinden in § 5 Abs. 3 Ziff. 1 des Straßengesetzes vom 15.1.1868 (RegBl. S. 13 ff.) ein Anspruch auf teilweise Befreiung eingeräumt werden sollte. Er meint, das Gesetz hätte sich anders ausdrücken müssen, wenn es zur Ausübung freien Ermessens hätte ermächtigen wollen, und verweist auf § 5 Abs. 2 Ziff. 2 des Gesetzes, der eine Ermächtigung enthalte (...so kann die Staatskasse auch mehr ... übernehmen!) 2).

2) Nach § 24 der Dienst- und Gehaltsordnung für Beamte einer Stadtgemeinde kann die Dienstentlassung gegen einen Beamten ohne vorherige Kündigung wegen grober oder andauernder Vernachlässigung der Dienstpflichten oder wegen unwürdigen außerdienstlichen Verhaltens vom Stadtrat ausgesprochen werden. Gegen eine nach dieser Vorschrift ausgesprochene Entlassung legte der Betroffene Beschwerde beim Bezirksrat ein, der daraufhin das stadträtliche Disziplinerkenntnis aufhob. Hiergegen wiederum erhob die Stadtgemeinde Klage beim VGH. Dieser bestätigte im konkreten Falle (es steht eine Kannvorschrift in Frage)

1) Vgl. 4. Hauptteil unter III

2) E Z 1870 S. 156/157 (13. April 1869).

die bezirksrätliche Entscheidung, weil die Voraussetzungen einer (so weitgehenden Ermessensentscheidung wie der Ausspruch der) Dienstenlassung nicht vorgelegen hätten¹⁾. Die Entscheidung enthält längere Ausführungen über die Behandlung des freien Ermessens durch Verwaltungsgerichte. Es wird in anderem Zusammenhang darauf noch zurückzukommen sein

3) Nach § 53 Abs. 2 GewO. kann der Bezirksrat, wenn die Voraussetzungen vorliegen, ein Hebammenprüfungszeugnis entziehen (wird ausgeführt). "Ob die Verwaltungsbehörde Anlaß hatte, zu der Entziehung des Prüfungszeugnisses zu schreiten, die erfolgen kann, aber nicht erfolgen muß, untersteht nicht der Entscheidung des Gerichtshofs, dessen Prüfung die Frage entzogen ist, ob die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen einen zu weitgehenden, den Umständen nicht entsprechenden Gebrauch gemacht hat."²⁾

Die Gesetzesstellen, auf die die Entscheidungen Bezug nehmen, ermächtigen die Verwaltung zu einem Tun oder Unterlassen nach ihrer freien Entschliessung. Diese Art des freien Ermessens nennt die Lehre die Freiheit der Wahl zwischen verschiedenen Verhaltensweisen (Wahlermessen)³⁾. Die andere Art des freien Ermessens, das von der klassischen Theorie hervorgehobene Urteilsermessen, ist nicht auf die gleich einfache Weise im Gesetz nachweisbar. Nur selten heisst es in einer Gesetzesbestimmung ausdrücklich, über diesen unbestimmten Gesetzesbegriff entscheide die Verwaltungsbehörde nach ihrem Ermessen, und der unbestimmte Begriff selbst verrät, wie noch auszuführen sein wird, nicht, ob er den Rechtsbegriffen oder den sogenannten Ermessensbegriffen zuzuordnen ist. Dennoch bleibt die Tatsache, daß der VGH in seiner Rechtsprechung das Urteilsermessen anerkennt; um aber eine Erklärung dafür zu finden, sind andere Untersuchungen nötig als die bisher gepflogenen. Nicht zuletzt wird es nötig sein, die geschichtliche Überlieferung im Auge zu behalten, die vielleicht über eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten des Urteilsermessens

1) E Z 1912 S. 267 ff. (27. Sept. 1912)

2) E Z 1918 S. 85 ff. (11. Dez. 1917)

3) Vgl. Einleitung S. 9.

Auskunft geben kann. All diese Fragen, setzen eine nähere Beschäftigung mit dem unbestimmten Gesetzesbegriff voraus und müssen daher zunächst einmal zurückgestellt werden.¹⁾

An dieser Stelle ist lediglich festzuhalten, daß die oben dargestellte Stellung des "freien Ermessens" in der Rechtsordnung als Verhaltensweise (der Verwaltungsbehörde), die zunächst rechtlicher Wertung nicht unterliegt (zu unterliegen scheint), sowohl für das Wahlermessen, als auch für das Urteilsermessen gilt. Auch die noch folgenden Erörterungen zu den Schranken des freien Ermessens betreffen beide Formen der Ermessensbetätigung.

Überhaupt nicht in den Bereich des Verwaltungsermessens und damit in den Rahmen dieser Arbeit fällt dagegen das sogenannte "richterliche Ermessen", das hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll. Der Richter, dem das Gesetz einen Strafraum zur Verfügung stellt, hat nicht etwa die Wahl, eine milde oder harte Strafe zu fällen, sondern es obliegt ihm, die allein gerechte Strafe zu finden, mindestens aber, sich der Idealstrafe zu nähern. Auch der Verwaltungsbeamte und der Verwaltungsrichter können in Grenzsituationen kommen, die Wertungen erforderlich machen im Rahmen des "richterlichen Ermessens". Es kann z.B. die Frage entstehen, ob ein bestimmter Lebensstatbestand noch unter den Gesetzeswortlaut subsumierbar ist. Die Wertungen, die hier vorgenommen werden, sind aber geprägt von einer strengen Bindung an das Recht und Gesetz.

Der VGH ist sich der Unterscheidung des freien Ermessens vom "richterlichen Ermessen" bewußt:

"Mit (freiem Ermessen) ist nur jenes freie Ermessen gemeint, das unter Umständen Gnade für Recht ergehen lassen kann, nicht aber das Ermessen im eingeschränkten Sinne, ohne das der Richter bei strengster Beschränkung auf die Rechtsfrage in vielen Fällen nach der Natur der Sache nicht auskommen kann. Auf die Handhabung dieses Ermessens kann weder der Bezirksrat noch der VGH verzichten. (Es

1) Vgl. 2. Hauptteil.

handelt sich um die bereits zitierte Entscheidung zu einem disziplinarrechtlichen Erkenntnis einer Stadtgemeinde) ¹⁾.

Eine Entscheidung, in der der VGH offenbar das richterliche Ermessen im Auge hat, ist in R III 1124 teilweise abgedruckt. Es handelt sich um die Frage, inwieweit eine Gemeinde ein Interesse am Neubau einer Straße habe, und um die entsprechende Festsetzung ihres Beitrages. Der VGH spricht von einem billigen Ermessen. Daß er sich in Ausübung dieses billigen Ermessens zunächst einmal an die Bewertung der Verwaltungsstelle als der sachverständigen Behörde hält, tut dem keinen Abbruch ²⁾.

III. Grenzen des freien Ermessens.

Die bisherigen Ausführungen betrafen nur das Grundprinzip: Freies Ermessen als Entschließungs- und Beurteilungsfreiheit. Die vom Gesetze der Behörde gewährte Freiheit ist jedoch nicht schrankenlos. Das betont der VGH in bald jeder einschlägigen Entscheidung. Welcher Art nun sind diese Schranken?

Der VGH hat zunächst Verstöße gegen das positive Recht im Auge. In mehr oder weniger allgemeinen Formulierungen heißt es immer wieder, die Behörde dürfe sich, übe sie Ermessen, nicht in Widerspruch zu einem allgemein verbindlichen Gesetz setzen ³⁾ oder sie müsse sich inner-

1) Z 1912 S. 267 ff. (27. Sept. 1912). (oben S. 21 ff.).

2) Vgl. auch Entscheidungen Z 1915, 91 ff. (19. Juni 1915) Schätzung des Wertes einer gefallenen Kuh nach dem Viehversicherungsgesetz vom 26. Juni 1890 i. d. F. vom 26. Sept. 1910 (GuVBl. S. 577 u. 581 ff.) und Z 1915 S. 68/69 (24. Nov. 1914) Schätzung des Wertes eines Gebäudes nach dem Veranlagungsgesetz vom 6. Aug. 1900 (GuVBl. S. 923 ff.)

3) E Z 1873 S. 142/143 (27. Mai 1873).

halb der Schranken des Gesetzes bewegen¹⁾, die vom Gesetz bezeichneten Grenzen des Ermessens dürften nicht überschritten werden²⁾ usw. Bei näherer Betrachtung ergibt sich, daß der VGH unter Gesetz sowohl das Gesetz bezw. den Rechtssatz, der die Ermessensermächtigung enthält, als auch andere Gesetze versteht.

In der E Z 1873 S. 142/143 stellt der VGH fest, die Gemeindeverwaltung habe in gesetzlicher Weise gemäß § 97 der Gemeindeordnung von 1831 i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. Mai 1858 (Reg.Bl. 511 ff.) nach ihrem Ermessen eine Ausgabe zur Soziallast bestimmt. Eine verwaltungsgerichtliche Klage sei (daher) nur dann möglich, wenn dargetan werde, "daß jene Bestimmung mit einem allgemeinen Gesetze in Widerspruch steht."

In der E Z 1893 S. 33 fragt der VGH, ob die Armenbehörde sich bei der Feststellung der Tatsachen der Hilfsbedürftigkeit in den Schranken des (Armen)Gesetzes gehalten habe.

Im Polizeirecht bildet der § 4 Abs. 2 Ziff. 2 VRPfl.G eine besonders wichtige Schranke: Will die Polizeibehörde von ihrem Ermessen Gebrauch machen, darf sie nicht irriger- oder willkürlicherweise Tatsachen als gegeben voraussetzen, die festgestellt sein müssen, nach Lage des Falles jedoch gar nicht nachweisbar sind.³⁾ Mit anderen Worten: Das Ermessen beginnt erst nach der Tatsachenfeststellung. Die Behörde soll, wenn sie sich zu einer Maßnahme entschließt, festen Boden unter den Füßen haben; ihre Maßnahmen sollen nicht auf Mutmaßungen über tatsächliche Verhältnisse beruhen.

In diesem Sinne heißt es in der E Z 1898 S. 179 ff. Der Polizeibehörde ist durch die Vorschrift des § 4 Ziff. 2 Abs. 2 VRPfl.G. eine gesetzliche, wohl zu beachtende Schranke gezogen. In der E Z 1914 S. 217 führt der VGH aus, daß das Bezirksamt im gegebenen

1) E Z 1873 S. 100 ff. (8. April 1873)

2) E Z 1878 S. 83 ff. (10. Sept. 1878)

3) E R I 91 (23.4.1890)

4) Vgl. auch E Z 1879 S. 9 und 13 ff.

Falle nicht hätte davon absehen dürfen, festzustellen, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, (die in der Vergangenheit ein polizeiliches Verbot begründet hätten), in der Zwischenzeit in Wegfall gekommen seien. (Der Kläger hatte behauptet, daß jene Voraussetzungen in der Gegenwart nicht mehr vorlägen)1.

Dieser Grundsatz, der eine gesetzliche Ausprägung nur für das Polizeirecht gefunden hat, ist richtiger Ansicht nach nicht auf dieses beschränkt. Der VGH selbst spricht dies in allgemeiner Form in der E Z 1893 S. 13²⁾ aus: "Jede Anwendung einer Rechtsnorm im Einzelfall setzt den wirklichen Bestand solcher Tatsachen voraus, mit welchen die Norm das ausgesprochene Recht des einen gegen den anderen Teil als Rechtsfolge verknüpft wissen will."³⁾

In einigen Entscheidungen lenkt der VGH den Blick auf tiefere Zusammenhänge. In der E Z 1894 S. 117 (18. Januar 1894) = R II 33 prüft er nach, ob die Verwaltungsbehörde, als sie Ermessen übte, nicht diejenigen Schranken überschritten habe, die bei einer Kollision des öffentlichen Interesses mit privatrechtlichen Verhältnissen durch allgemeingültige Grundsätze des Rechts und der Billigkeit gesetzt seien...., ob sich die Verfügung den Klägern gegenüber in den Grenzen der allgemeinen Rechtsordnung gehalten habe.

Streitig war die Frage, ob die Verwaltungsbehörde, die gemäß Art. 1, 2 des Ortsstraßengesetzes vom 20. Februar 1868 (Reg.Bl.S.286) in der Fassung vom 26. Juni 1890 (GuVBl.S.489) nach ihrem Ermessen durch die Bestimmung einer Baufluchtlinie längs einer Straße privaten Grundbesitz mit einem Überbauungsverbot belasten kann, dieses Ermessen in einer Weise ausüben durfte, daß durch die Bestimmung "nahezu die Hälfte" des Eigentums der Kläger betroffen wurde. Der VGH ging von dem Zwecke der Baufluchtlinienbestimmung aus und sagte, eine solche könne nur innerhalb der Grenzen geschehen, die durch das öffentliche

1) Vgl. auch E Z 1879 S. 9 und 13 ff.

2) Es handelt sich um die E R II 30 (89). Der im Text wiedergegebene Passus ist in der Rechtssprechungsammlung nicht veröffentlicht worden.

3) Vgl. auch 4. Hauptteil.

Interesse, d.h. durch die Bedeutung der Straße für den allgemeinen Verkehr, den Zweck und die Art der anliegenden Bauten und dergleichen gezogen seien. Er hält die Belastung des Eigentums der Kläger, so wie sie erfolgt war, zu schwerwiegend und spricht aus, die Behörde habe ihre Ermessensbefugnis überschritten.

Das Erkenntnis besagt, daß die Verwaltungsbehörde auch dann, wenn sie Ermessen übt, nicht mehr, als es dem unabweisbaren öffentlichen Interesse im Sinne des Gesetzes entspricht, in die allgemeine, vom Staat hingegenommene (und geförderte) Güterordnung eingreifen darf. Vom Grad des öffentlichen Interesses hängt das Opfer ab, das dem Einzelnen zugemutet werden kann. Das Gesetz selbst hat dem Umfang dieses öffentlichen Interesses von vornherein bestimmte Grenzen gesetzt, die an der Stelle zu suchen sind, an der ein Beiseiteschieben des privaten Interesses ohne Entschädigung in eine entschädigungslose, schleichende, daher rechtswidrige Enteignung hinausläuft¹⁾.

Die Begründung des Urteils ist auch noch anderweitig von Interesse. Es findet sich darin erstmalig die Erwähnung des Grundsatzes der gleichen Behandlung innerhalb

1) Die mitgeteilte Entscheidung ist übrigens Gegenstand einer kritischen Betrachtung von Walz in der Z 1895 S. 1 ff. geworden. Walz spricht dem VGH das Recht ab, in Ermessenserwägungen der Verwaltung, hier der Gemeinde, korrigierend einzugreifen. Überdies bestreitet er die Zuständigkeit des VGH, die dieser nach § 4 VRPflG. für sich in Anspruch genommen hatte. Kennzeichnend für die Ausführungen ist der Gedanke, daß die gerichtliche Kognition sich nicht auf das Maß von Ermessensentscheidungen erstrecken dürfe (S. 3 r. Spalte). Wielandt, damals Präsident des VGH hat demgegenüber in einer Anmerkung zu dem Aufsatz entgegnet, daß der Gerichtshof grundsätzlich mit der Auffassung des Kritikers gemein gehe. Er sei nur im konkreten Falle, gemäß der vom Gerichtshof selbst entwickelten Grundsätze zur Auslegung des § 4 VRPflG (zitiert wird R I 91 (23. April 1890)) nach Lage der Tatsachen der Meinung gewesen, daß die Verwaltungsbehörde auch "die äußersten Grenzen ihres Ermessens" überschritten habe.

des Ermessens, ohne daß jedoch der VGH im konkreten Falle entscheidendes Gewicht auf die angestellten Erwägungen legt. Aber schon die Erwähnung, daß es der Zweck der Baufluchtlinienbestimmung erheische, daß die Fluchtlinie für alle Angrenzer in dem gleichen Abstand von der Straße festzusetzen und nur unter besonderen Umständen ein Abweichen von dieser Regel gerechtfertigt sei, ist an sich wertvoll, wenn man bedenkt, daß der VGH den Grundsatz der gleichen Behandlung als Schranke der Ermessensübung in dem hier interessierenden Zeitraum (1863 - 1918) nicht endgültig anerkennt. Noch im Jahre 1906 spricht er aus, daß eine verwaltungsgerichtliche Klage nicht auf das Vorbringen, die Behörde behandle die Beteiligten unterschiedlich, gegründet werden könne¹⁾.

Ebenso die Entscheidungen Z 1878 S. 184 und Z 1884 S. 93 (27. Februar 1884).

In der ersterwähnten Entscheidung hatte er die Klage eines zu Frondiensten herangezogenen Gemeindegürgers, der behauptet hatte, die Heranziehung bilde eine gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung verstoßende Art der Besteuerung, mit der Begründung abgewiesen, daß es keine gesetzlichen Bestimmungen gäbe, welche das Maß der von den Einzelnen zu leistenden Frondienste festlegten, und dafür deswegen nur Gründe der Zweckmäßigkeit und des billigen Ermessens den Ausschlag geben könnten.

Und in Z 1884 S. 93 führte er zur Klage gegen den Beschluß einer Soziallast aus, es könne nicht darauf ankommen, daß der Beschluß mit der Billigkeit und dem Grundsatz der gleichen Behandlung der Beteiligten in Widerspruch stehe: Nicht die Zweckmäßigkeit (worunter nach Ansicht des VGH offenbar Billigkeit und Gleichbehandlung fallen!), sondern nur die Legalität derartiger Beschlüsse könne Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Prüfung und Entscheidung sein.

Eine erste Anerkennung des Grundsatzes findet sich in dem von W. Jellinek (Gesetz, Gesetzesanwendung a.a.O. S. 326, Anm. 13 a.E) erwähnten Fall, in dem der VGH die Verwaltungsbehörde, die bislang allen Beteiligten gegenüber eine Wirtschaft als Realwirtschaft ange-

1) E Z 1907 S. 900 = R III 144.

sehen hatte, einem neuen Bewerber gegenüber aber plötzlich ihre Ansicht wechselte (beim Studium der Akten hatte sie keinen Nachweis über die Verleihung des Realwirtschaftsrechts gefunden), an die bisherige Praxis fesselte, weil deren Änderung gegen "Treu und Glauben" verstoßen würde.

Der Grundsatz setzt sich jedoch in der Spruchpraxis noch nicht durch.

In zwei jüngeren Entscheidungen lehnt der VGH es ab, aus dem Gleichheitssatze Schlüsse zugunsten des Klägers zu ziehen. Beide Male sind es Wirtschaftsbesitzer, die wünschen, in ihren Lokalen regelmäßig Konzertveranstaltungen durchzuführen, und die gegen das Verbot des Bezirksamts mit dem Argument opponieren, daß anderen das erlaubt werde, was man ihnen verbiete. Während der VGH im ersten Falle¹⁾ den Einwand der ungleichen Behandlung entkräftet, indem er darauf hinweist, daß die räumlichen Verhältnisse beim Konkurrenzbetrieb eine Erlaubnis rechtfertigten, nicht aber die Verhältnisse des Klägers, macht er im zweiten Falle²⁾ gar nicht erst den Versuch, die Gleichheit der Bedingungen zu verneinen: "Die Klägerin könne ihren "Anspruch" nicht darauf zurückführen, daß ihr bezüglich der Veranstaltungen täglicher Musikausführungen die völlig gleiche Behandlung zukommen müsse, wie sie zufolge einer aus früherer Zeit herrührenden Übung einigen wenigen Inhabern ähnlicher Wirtschaftslokale vom Bezirksrat zur Zeit noch zuteil werde." Tatsächlich handelt es sich um die Frage, ob die Polizei, die gemäß § 63 i.V.m. § 30 PolStGB. Unternehmen Beschränkungen auferlegen kann, von einer bestimmten Übung abweichen darf, ohne daß gewichtige Umstände dies gebieten. Der VGH bejaht dies. Heute würde eine derartige Verwaltungsführung nicht unwidersprochen bleiben. Man

1) E Z 1912 S. 129 ff.

2) E Z 1918 S. 30 (9. Oktober 1917); vgl. auch
E Z 1907 S. 200 (30. April 1907).

kann hier von der das freie Ermessen einengenden Wirkung eines "vorangegangenen Tuns" der Verwaltungsbehörde und von einem subjektiven Recht des Bürgers auf Gleichbehandlung sprechen¹⁾.

Eine ebenfalls wichtige Schranke für das Ermessen der Verwaltungsbehörde bilden deren Zwecke und Aufgaben. Es geht einmal nicht an, daß sie in fremde Zuständigkeiten eingreift. Wenn sie sich im Rahmen ihrer sachlichen und örtlichen Zuständigkeit bewegt, muss sie ihr Handeln an dem von Gesetz und Recht erteilten Auftrag orientieren. So hat z.B. die Polizei die gute Ordnung des Gemeinwesens vor Störungen zu bewahren. Entfaltet sie eine Tätigkeit, die über diesen Auftrag hinaus geht, fördert sie z.B. die Wohlfahrt der Bürger, überschreitet sie die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung und handelt sie rechtswidrig.²⁾

Von erheblicher Bedeutung für die Lehre der Schranken des freien Ermessens ist auch das vom VGH immer wieder ausgesprochene Verbot der Willkür. Dieses ist ihm ein grundsätzliches Postulat der Rechtsordnung des Rechtsstaats³⁾. Es werden in diesem knappen Satz die

1) Vgl. Fachinger NJW 1949 S. 245 ff.;

Bachof (Verwaltungsger.Klage), S. 93.

2) E Z 1910 S. 15 ff. (5. Mai 1909). Vgl. auch E Z 1917 S. 37 ff. (28. Nov. 1916). Der Gedanke, daß die Behörde immer den Rahmen ihrer Zuständigkeit beachten muss, kommt schon sehr früh zum Ausdruck. Vgl. hierzu E R I 210 = Z 1876 S. 145 (14. Juni 1876); vgl. außerdem 4. Hauptteil unter IV (Grundsätze).

3) E R III 339 (30.4.1907).

Interessant die weiteren Bemerkungen: Der Gesetzgeber habe dem dadurch Rechnung getragen; daß er die verwaltungsger.Klage ausdrücklich zugelassen habe, wenn die obwaltenden tatsächlichen Umstände jede Berechtigung der Behörde zu der angefochtenen Verfügung ausschlossen (§ 4 Abs.2 Ziff. 2 VRPflG). Leider läßt das Quellenmaterial keinen Schluß zu, ob der VGH es zur Annahme der Willkür genügen läßt, daß § 4 Abs.2 Ziff.2 erfüllt ist, oder darüber hinaus verlangt, daß ein subjektives Element hinzukommt. Letzteres liegt näher. In einem Fall (E Z 1904 S. 237; der Begriff Willkür findet außerdem Erwähnung z.B. in der E Z 1909 S.59; E R I 91) verneint er Willkür oder Pflichtwidrigkeit

inneren Bindungen der allgemeinen Rechtsordnung sichtbar, denen sich der Staat ebenso wie der Bürger zu unterwerfen hat. Es würde verwundern, wenn dieser Forderung nur durch Verbote Geltung verschafft würde. Das ist auch nicht der Fall. Wenn in den Entscheidungen des VGH immer wieder die Wendung erscheint, die Behörde müsse ihr Ermessen pflichtgemäß handhaben, dann ist damit nicht nur an die Pflicht gedacht, die politischen Staatsziele bei der freien Tätigkeit im Auge zu behalten, sondern auch ausgesprochen, daß die Behörde ihr Verhalten allgemein am Rechte zu messen und für dessen Geltung Sorge zu tragen hat, wie es auch allein dem Lebensprinzip des Rechtsstaats entspricht.

Die Verwirklichung der politischen Staatsziele selbst, der das Verwaltungshandeln und mithin das pflichtgemäße freie Ermessen zu dienen hat, vollzieht sich aber ebenfalls an Hand einer Rückbesinnung auf den Zweck des Gesetzes. Denn im Gesetzesstaat finden der Staatswille, die staatlichen Wertauffassungen und Zwecke im Gesetz ihren Ausdruck:

Das Elementarunterrichtsgesetz (§ 81) gibt der Gemeinde auf, beim Neubau eines Schulhauses eine oder mehrere Wohnungen für die Lehrer einzurichten. Diese Wohnungen sollen eine Mindestgröße nicht unterschreiten. Der VGH schließt aus der Sollvorschrift einerseits, daß die Gemeinde der Schulverwaltung gegenüber sich nicht auf die vorgeschriebene Mindestgröße soll berufen dürfen, andererseits hält er die Schulverwaltung aufgrund deren Aufgaben befugt, im einzelnen Falle zu verlangen, eine größere Wohnung herzustellen oder zu gewähren. Die Schulverwaltung habe dabei alle tatsächlichen Verhältnisse daraufhin abzuwägen, ob das gestellte Verlangen geeignet ist,

mit dem Hinweis, eine sachliche Würdigung der Umstände habe stattgefunden. In zahlreichen Fällen begründet er die Aufhebung der Verfügung oder deren Bestätigung mit dem Hinweis (positiven bzw. negativen) auf § 4 Abs. 2 VRPflG. ohne daß von "Willkür" die Rede ist (Vgl. oben Seite 27 (Anm. 1) und 4. Hauptteil).

den gesetzlichen Zweck zu erfüllen und zu verwirklichen. Der hier zunächst zum Ausdruck kommende gesetzliche Zweck ist der, dem Lehrer eine angemessene Wohnung zu gewährleisten.^{1) 2)}

Selbstzweck ist aber die Verwirklichung des gesetzlichen Anspruchs des Lehrers auf Wohnung nicht. Er ist nur Ausdruck des allgemeinen Gesetzeszwecks, der Sorge, die der Staat denjenigen, denen es obliegt, die Kinder zu "verständigen religiös-ethischen und dereinst tüchtigen Menschen des Gemeinwesens zu erziehen", angedeihen lassen soll. Der Lehrer kann sich seinem Beruf nur dann mit seiner ganzen Kraft, so wie es der Staat von ihm erwartet, widmen, wenn ihn nicht materielle Sorgen beengen und bedrücken. So dient - und sie muß es bewußt tun - die Schulverwaltung schließlich diesem allgemeinen Zwecke des Schulgesetzes, wenn sie nach den Umständen des Falles von der Gemeinde nicht nur die Mindestleistung fordert. - Der Gedankengang tritt in der besprochenen Entscheidung nicht hervor. Er bildet aber den Hintergrund und bespricht, soweit er davon ausgeht, daß die Verwaltungsbehörde, übt sie Ermessen, auf die Wertauffassungen, die das Gesetz verkörpert, zurückgehen muß, allgemeine Gültigkeit.

So gesehen hat der Verwaltungsbeamte, wenn er freies Ermessen übt, gleichsam zwei Funktionen auszuüben. Einmal muß er durch Auslegung des Gesetzes, das ihn ermächtigt und unter Beachtung der allgemeinen Rechtsordnung, die "Grenzen" der ihm zugedachten Befugnis "ermessen", dann aber - innerhalb des ihm gegebenen Ermessensspielraumes - seine Willensbildung am Staatszwecke, der als allgemeiner Gesetzeszweck im Gesetz zum Ausdruck kommt, orientieren und so in der Willensverwirklichung, der von ihm getroffenen Maßnahme, gleichsam in einer Handlung dem Rechte und dem Staatszwecke Geltung verschaffen.

1) E R I 1008 (5. Juni 1883)

2) Elementarunterrichtsgesetz vom 8. März 1868
Reg. Bl. S. 251.

IV. Kritik

In dem aufgezeigten Zusammenhang mit dem Inbegriff der Rechts- und Staatsordnung betrachtet, verliert das "freie Ermessen" als grundsätzlich rechtsneutrale Tätigkeit der Verwaltung die scheinbare Beziehungslosigkeit zu rechtlichen Werten¹⁾. Die Bindungen sind vielmehr mannigfaltig. Die inneren und äußeren Schranken des Ermessens bilden die Summe der Verbote, die einer bestimmten gearteten Willensbildung entgegenstehen. Die Gesetzeszwecke in ihrer allgemeineren und spezielleren Natur beeinflussen dieselbe Willensbildung als Gebote.

Von hier aus ist die Frage zu stellen, ob nicht der VGH in den eingangs der Untersuchung mitgeteilten Fällen die grundsätzliche Natur des freien Ermessens überspannt. Unabhängig von den Unterschieden zwischen der engeren Rechtsanwendung und dem außer Beziehung zur Rechtsordnung gesetzten freien Ermessen, die bestehen mögen, erscheint es natürlicher, beide Erscheinungsformen als verwandt zu bezeichnen, insoweit eben doch beide, wie gezeigt, im weiteren Sinne Rechtsanwendung darstellen.²⁾

Bei dieser Betrachtungsweise ergeben sich im Endeffekt nur gradmäßige Unterschiede. Dies in dem Sinne, daß beim Gesetzesvollzug die Bindung an die Norm eine unmittelbare und strikte ist, während sie beim freien Ermessen nur mittelbar - auf dem Umweg über die durch die Normen eingeschränkte und werthhaft ausgerichtete Ermessensbildung - und geschmeidiger ist. Es scheint

-
- 1) In der schon erwähnten E Z 1873 S. 100 spricht der VGH - nach dem Zusammenhang zu schliessen nicht mit der hier gegebenen Betonung - bezüglich des Ermessens der Verwaltungsbehörden, daß diese vorbehaltlich ihrer konstitutionellen Verantwortung nach ihrem freien Ermessen handeln dürfe.
 - 2) Die Auffassung, daß freies Ermessen gegenüber dem "gebundenen Ermessen" (Rechtsanwendung, Auslegung unbestimmter Begriffe) sich nur dem Grade nach unterscheide, ist insbesondere von Herrenritt aaO. S. 297 vertreten worden. Vgl. auch 2. Hauptteil unter II.

übrigens, daß der VGH in späteren Entscheidungen das freie Ermessen als eine wenigstens vom Recht sanktionierte Tätigkeit der Verwaltung auffasst. In der auf S. 30 Anm. 2) zitierten Entscheidung Z 1910 S.16/17 spricht er aus, daß eine (Ermessens)Maßnahme der Polizei sich nicht mehr auf dem Boden des Rechts befinde, wenn sie die ihr gesteckten Grenzen überschreite. Das Ermessen wird demnach nicht als dem Rechte gegenüber indifferent betrachtet, sondern es wird vom Gesetz her geschlossen, daß das Gesetz alle Entscheidungen, die die Behörde in Ausübung des Ermessens treffe, als rechtlich in Ordnung betrachte. Auch bei dieser Betrachtungsweise läßt sich die erwähnte Zuständigkeitsregel für die Verwaltungsgerichte, wonach diese nicht befugt sind, Ermessenfragen zu überprüfen, erklären. Denn wenn das Gesetz in einer Norm mehrere mögliche Entscheidungen ohne Unterschied als rechtmäßig anerkennt, dann können keine Rechtsstreitigkeiten entstehen. Es fehlt am Unrecht.

2. Hauptteil: Der unbestimmte Gesetzesbegriff.

I. Das Problem

Im 1. Hauptteil wurde dargestellt, daß es zwei Arten von Verwaltungshandeln gibt, das freie Ermessen und die Rechtsanwendung. Das sich hieraus ergebende Abgrenzungsproblem wurde hervorgehoben. Es ist von großer Bedeutung für die Lehre vom freien Ermessen.

Der Vollzug des strikten Gesetzesbefehls einerseits und die vom Gesetz der Behörde eingeräumte Wahl zwischen verschiedenen Verhaltensweisen andererseits, liegen diesseits und jenseits dieser Grenze. Darüber besteht Einigkeit. Die von der Lehre und der Rechtsprechung früher stets behauptete andere Art des freien Ermessens, die gesetzliche Ermächtigung an die Behörde, über den Inhalt eines unbestimmten Gesetzesbegriffs ein subjektives Erkenntnis zu fällen (Urteilsermessen) und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe als Erscheinungsform der Rechtsanwendung treffen sich an der gedachten Grenze und scheinen ineinander überzugehen, so daß die Grenzziehung ein schwieriges Beginnen darstellt.

Gemeinsames Objekt beider Verhaltensweisen ist der unbestimmte Gesetzesbegriff. Nach der "klassischen Lehre", zu deren Vertretern auch der VGH zählt, gibt es zwei Arten unbestimmter Gesetzesbegriffe: Den unbestimmten Rechtsbegriff (Auslegungsbegriff) und den Ermessensbegriff. Ein Rechtsbegriff liegt immer dann vor, wenn er nach allgemeinen Grundsätzen bestimmbar, d.h. interpretierbar ist, ein Ermessensbegriff dann, wenn dem Begriff eine echte Mehrdeutigkeit innewohnt, die ihn einer eindeutigen Bestimmung unzugänglich macht. W. Jellinek folgert, der Gesetzgeber weise eingedenk des Charakters des Ermessens-

begriffs die Lösung der Frage, welchen Inhalt der Begriff habe, von sich (er kann sie nicht entscheiden), und überlasse sie dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde¹⁾. Für den Rechtsschutz ist das entscheidend. Das Erkenntnis- oder Urteilsermessen der Behörde unterliegt nicht der Nachprüfung der Verwaltungsgerichte, während die Kontrolle der Auslegungstätigkeit der Behörde zu den wichtigsten Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit von jeher gehört.

Ob im Einzelfall ein Rechtsbegriff oder ein Ermessensbegriff vorliegt, hängt also nach der klassischen Lehre immer davon ab, ob der unbestimmte Gesetzesbegriff bestimmbar oder unbestimmbar ist. Die Schwierigkeiten, die sich aus dem Entweder-Oder ergeben, liegen auf der Hand, Es ist daher nicht verwunderlich, wenn über die Natur einzelner unbestimmter Begriffe innerhalb der klassischen Lehre Streit entstehen konnte, der sich mitunter bis in die Gegenwart hinein fortsetzt.

II. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.

Bevor wir versuchen, an Hand der Rechtsprechung des VGH Elemente der Abgrenzung von Rechtsbegriff und Ermessensbegriff zu finden, ist es notwendig, einen kurzen Blick auf die Auslegungspraxis des VGH zu werfen. Denn später wird uns die Frage beschäftigen, ob der Wesensunterschied zwischen den beiden Begriffsarten - sofern er überhaupt besteht - sich aus einer etwa verschiedenartigen Methode, mit der sie vom VGH behandelt werden, bestimmen lässt. Natürlich ist hier nicht der Ort, näher oder gar erschöpfend über die vom VGH aufgestellten Auslegungsregeln zu berichten. Die Beispiele, die gebracht werden, sollen nur zeigen, was wesensmäßig Gesetzesauslegung ist - Auffinden einer vom Gesetz für jeden Sachverhalt im voraus gefällten Entscheidung -, und auf die Mittel und Wege hierzu hinweisen.

1) Jellinek, Lehrbuch S. 30.

Einen untrüglichen Beweis dafür, daß der VGH nach dem Willen des Gesetzes und dessen Entscheidung sucht, liefern die sehr zahlreichen Entscheidungen, in denen ausgeführt wird, daß einem Gesetzesbegriff diese oder jene Bedeutung "im Sinne", "nach der Absicht", "nach dem Zweck" des Gesetzes zukomme:

In der E R III 1054 (29. Sept. 1910) hatte die Verwaltungsbehörde dem Kläger untersagt, das Gewerbe eines Privatdetektivs zu betreiben. Der Kläger meinte, die Voraussetzung der Untersagung, seine "Unzuverlässigkeit", läge nur dann vor, wenn er in Ausübung seines Gewerbebetriebes seine Auftraggeber geschädigt hätte, was nicht der Fall sei. Der VGH ist anderer Ansicht. Der Begriff Unzuverlässigkeit im Sinne der Gewerbeordnung sei erheblich weiter zu denken (wird ausgeführt).

Ebenso zahlreiche andere Entscheidungen.¹⁾

Der Wunsch, den Gesetzeswillen und daran anschliessend den Sinngehalt des Gesetzes festzustellen, kommt in den Fällen am augenscheinlichsten zum Ausdruck, in denen der VGH auf die Motive zurückgreift. Diese lassen in vielen Fällen vorbehaltlich des Eigenlebens der Norm bzw. des Gesetzesbegriffes in der zeitlichen Entwicklung einen sicheren Schluß auf den Gesetzeswillen zu.

In der E R III 1011 (5. Dez. 1899) folgert der VGH aus der Entstehungsgeschichte des § 7 Abs. 2 des Jagdgesetzes vom 2. Dez. 1850 i. d. F. der Bekanntmachung vom 6. Nov. 1886 (GuVBl. S. 476 ff.), daß unter den öffentlichen Anlagen und Lustgärten als einem einheitlichen Begriffe nur die der Erholung des Publikums dienenden Spazierwege, Gärten usw. zu verstehen seien (nicht etwa auch Hafenanlagen, Deiche, Bahnhöfe usw., denen nach dem jetzigen Sprachgebrauch die Bezeichnung "öffentliche Anlage" beigelegt werde). "Der Zweck der fraglichen Gesetzesbestimmung war lediglich der Schutz des in öffentlichen Anlagen und Gärten spazierengehenden Publikums gegen Gefährdung durch Jäger."

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang noch die Entscheidung Z 1913 S. 66:

Die Polizeibehörde hatte gemäß § 130 PolStGB eine Verfügung zum Schutze einer landschaftlich hervor-

1) Z.B. E R III 1015: "Nach Sinn und Absicht des Jagdgesetzes § 14 Ziff. 1 ist anzunehmen...."

ragenden Gegend erlassen, die dem Betroffenen ein bestimmtes Verbot auferlegte. Dieser klagte und auf die Klage hin hob der VGH die Verfügung auf: Aus den Kammerverhandlungen sei zu entnehmen, daß nicht jede Landschaft, die einen Reiz aufweise, geschützt sei, sondern nur die landschaftlich hervorragende. Es herrsche der Gedanke vor, daß der mit der Anwendung der Bestimmung verbundene Eingriff in das Privateigentum des Einzelnen sich nur durch ein erhebliches "allgemeines Interesse rechtfertigen lasse" (wird ausgeführt).

Oft enthalten jedoch die Motive keine genügenden Hinweise auf einen bestimmten Begriffsinhalt. Entweder hat der Gesetzgeber dann an den allgemeinen Sprachgebrauch angeknüpft, oder auf allgemeine, außerhalb des Einzelgesetzes liegende, von ihm als verwendbar zugelassene Kriterien, die der Bestimmung dienen, verwiesen.

So schält er in der E R III 452 (5. Okt. 97) den im § 76a PolStGB verwendeten Begriff "gewöhnheitsmäßiger Trunkenbold", indem er ihn dem Begriff "Gewohnheitstrinker" gegenüberstellt, heraus. Das läuft auf eine feine Abwägung und Wertung des Bedeutungsgehaltes des Wortes hinaus: Der gewohnheitsmäßige Trunkenbold ist mehr als ein Gewohnheitstrinker. Er ist nicht mehr fähig, auf seinen Willen einzuwirken, er ist einem Laster verfallen. Diese philologische Wertung wird gestützt durch das im Gesetz aufgestellte Erfordernis, der Trunkenbold müsse öffentliches Ärgernis erregen. Mit dem Wort "Gewohnheitstrinker" verbindet man nicht von vornherein den Gedanken an die Erregung eines öffentlichen Ärgernisses, wohl aber mit dem Begriff "gewöhnheitsmäßiger Trunkenbold".¹⁾

In der E R I 228 (18. Jan. 1876) wird der Begriff "Gemarkung" erläutert. Er hat keine positivrechtliche Bestimmung gefunden. Der VGH spricht von der "Gemarkung" als etwas "Gewordenes", das anerkannt und vorausgesetzt werde. Es folgt der Hinweis auf das II. Konstitutionsedikt, das unter Gemarkung das räumlich abgegrenzte, den Gemeinden und gemeindeartigen Verbänden staatsrechtlich eingeräumte Selbstverwaltungsgebiet verstand. - Hier hat also die Geschichte mit allgemeinverbindlicher Wirkung den Begriff geprägt und ausgestaltet

1) Ebenso zahlreiche Entscheidungen im 3. Band der Rechtsprechung. Es wird inhaltlich immer auf das mitgeteilte Erkenntnis Bezug genommen, E R III 453 ff., Z 1915 S. 153 (27 April 1915) usw.

und der Gesetzgeber der Gemeindeordnung vom 31. Dezember 1831 hat diesen Begriff übernommen.

Ein besonders wichtiges Bestimmungselement (Jellinek spricht von Tatsachen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung¹⁾) ist die "allgemeine Anschauung". In der oben zitierten Entscheidung Z 1913 S. 66 hat der VGH bei der Frage, ob eine bestimmte Gegend als landschaftlich hervorragend gelte, auf das Werturteil "weiterer Kreise" abgehoben und verlangt, daß die Gegend in dieser Hinsicht ein allgemeines Renommee habe.

III. Der Ermessensbegriff; seine Abgrenzung zum unbestimmten Rechtsbegriff.

Den zahlreichen Fällen nun, in denen der VGH unbestimmte Gesetzesbegriffe auslegt, die er als Rechtsbegriffe auffaßt, stehen andere gegenüber, in denen er eine Begriffsbestimmung ablehnt. Ob ein "Bedürfnis" für die Gewährung einer Schankerlaubnis, für die Haltung eines Zuchtfarrens durch eine Gemeinde besteht²⁾, ob ein "öffentliches Interesse" das Einschreiten der Polizei gegen einen rechts- oder ordnungswidrigen Zustand erheischt³⁾, ob eine polizeiliche Maßregel "angemessen" oder "erforderlich" ist⁴⁾, das zu entscheiden ist zunächst einmal grundsätzlich - während der Heranreifung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist hinsichtlich mancher Begriffe eine Änderung der Anschauungen eingetreten - Sache der Verwaltungsbehörden. Es ist begreiflich, daß man schon immer eine plausible Erklärung für diese Auffassung gesucht hat. Ein Versuch, der von einem großen Teil der Lehre getragen wird, ist der, die "Ermessensbegriffe"

1) Lehrbuch S. 134/135

2) E R I 298 (3. März 1874)

3) E R I 210 (14. Juni 1876)

4) E R II 30; 36 (14. Okt. 1891) (2. Mai 1895).

von ihrer begrifflichen Struktur her zu deuten¹⁾. Aber es bleiben Zweifel zurück, wenn man etwa zwei Begriffe der Gewerbeordnung, "Bedürfnis" und "Unzuverlässigkeit", einander gegenüberstellt und gezwungen wird zu erklären, weshalb nun gerade das "Bedürfnis" ein Ermessensbegriff, die "Unzuverlässigkeit" ein Rechtsbegriff sein soll. Die Sache einfach damit abzutun, daß eben "Bedürfnis" der komplexere, mehrdeutigere Begriff ist, "Unzuverlässigkeit" dagegen bestimmbar im Sinne einer Auslegung ist, erregt Bedenken. Noch feinere Differenzierungen führt die klassische Lehre durch, wenn sie sogar behauptet, ein und derselbe Begriff könne, je nachdem in welchem Rechtsätze er stehe, einmal Rechtsbegriff, das andere Mal Ermessensbegriff sein. Das vielleicht anschaulichste Beispiel in dieser Richtung ist der von Schmidt-Brücken dargestellte - angebliche - Doppelcharakter des Begriffes "Bedürfnis", je nachdem ob es sich um Bedürfnis im Sinne der Gewerbeordnung oder Bedürfnis im Sinne des Gaststättengesetzes handelt²⁾. Seydel fasst, um noch ein anderes Beispiel zu nennen, den Begriff "Hilfsbedürftigkeit" als Ermessensbegriff auf, wenn der Arme der Armenbehörde gegenübertritt, als Rechtsbegriff dann, wenn (die) Armenverbände unter sich vor den Verwaltungsgerichten über den Ersatz von Kosten streiten³⁾.

Besonders die Tatsache, daß ein und derselbe Begriff in verschiedenen Rechtssätzen eine wechselnde Natur haben soll, gibt zu denken. Kann dann überhaupt noch das Argument der Unbestimmbarkeit bzw. Bestimmbarkeit der Begriffe als Wesen der Unterscheidung gebracht werden? Kann man noch sagen, "Bedürfnis" sei in einem Falle Ermessensbegriff, weil der Begriff etwas zu Unbestimmtes beinhalte, als daß er bestimmt werden könnte? Denn im anderen Falle hat man ja - wenn auch mit gesetzgeberischen

1) Vgl. oben S. 35.

2) Schmidt-Brücken DÖV 1949 S. 43;
vgl. auch Turegg, Lehrbuch des Verw.rechts S. 28.

3) Seydel a.a.O. Bd.1 S. 591 Anm.44.

Richtlinien, die die klassische Lehre als Bestimmungselemente hinstellt - den Begriff ausgefüllt bzw. ausgelegt.

1) Zur Bestimmbarkeit des Ermessensbegriffs

Angesichts dieser Zweifel erhebt sich die Frage, ob überhaupt ein Unterschied in der Behandlung von Rechtsbegriffen und Ermessensbegriffen durch den VGH feststellbar ist, und ob von einem Unterschied wieder auf die Struktur der Begriffsarten zurückgeschlossen werden kann. Ist dies der Fall, dann kann die klassische Lehre ein gewichtiges Argument ihr eigen nennen. - Man sollte glauben, daß tatsächlich ein Ermessensbegriff in keiner Weise bestimmbar ist. Nun sehen wir aber, daß Ermessensbegriffe mit Methoden angegangen werden, die einem Rechtsbegriff angemessen wären, und der Verdacht, daß eben doch kein begrifflicher Unterschied zwischen Ermessens- und Rechtsbegriff besteht, erhält dadurch neue Nahrung.

In dieser Beziehung ist interessant, die Rechtsprechung des VGH zum Begriff "Hilfsbedürftigkeit" zu betrachten, der gemeinhin in der klassischen Theorie als Ermessensbegriff aufgefaßt wird, und dem im Armenrecht eine zentrale Bedeutung zukommt. Der VGH hat sich mit diesem Begriff in einer umfangreichen Spruchpraxis auseinandersetzen müssen und ist zu auffallenden Ergebnissen gelangt. Es ist angezeigt, diese Rechtsprechung zu verfolgen und aus ihr Schlüsse zu ziehen.

Nähere Ausführungen sind nur dann verständlich, wenn man einen kurzen Blick auf die gesetzliche Regelung¹⁾ wirft. Danach ist zweierlei zu unterscheiden:

1. das Verhältnis des Hilfsbedürftigen zum Armenverband bzw. zur Armenbehörde,

1

1) Unterstützungswohnsitzgesetz des Reiches vom 6. Juni 1870 (BdGBI. S. 360 ff) (UWG; Einführungsgesetz zum UWG vom 14. März 1872 (GuVBl. S. 135 ff) (EUWG); Armenpflegegesetz vom 5. Mai 1870 (GuVBl. S. 387 ff).

2. das Verhältnis der Armenverbände unter sich.

Zu ersterem bestimmt § 4 EUWG, daß über die Voraussetzung, Art und Maß der Unterstützungspflicht die Verwaltungsbehörden (Armenbehörden) entscheiden. Ein verwaltungsgerichtlicher Schutz des Einzelnen besteht nicht. Dieser hat gegen den verpflichteten Armenverband kein klagbares subjektives Recht auf Unterstützung.

Der VGH wird nur dann eingeschaltet, wenn die Armenverbände unter sich über die Kostenerstattungspflicht streiten: Das Gesetz unterscheidet nämlich zwischen dem vorläufigen und dem endgültig verpflichteten Armenverband und gibt ersterem das Recht, auf Übernahme der Kosten gegen den letzteren zu klagen. In diesem Prozeß wird häufig die Frage auftauchen, ob der vorläufig verpflichtete Armenverband überhaupt Unterstützung leisten mußte, d.h. ob der Einzelne überhaupt hilfsbedürftig war. Denn nur dann, wenn dieser es war, kann der vorläufig "verpflichtete" Armenverband vom endgültig verpflichteten Ersatz verlangen (andernfalls fehlte es an der wichtigsten gesetzlichen Voraussetzung).

Für die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen zwei Armenverbänden ist nun von grundlegender Bedeutung, ob der VGH hinsichtlich der Beurteilung der Tatumstände, die die Hilfsbedürftigkeit bedingen, an die - Ermessens- Entscheidung der Armenbehörde gebunden ist, oder ob er selbst darüber befinden kann. Seine Bewegungsfreiheit wäre im Falle einer Bindung stark eingeschränkt.

Was lehrt die Rechtsprechung?

1. In der E R I 840 (1. Oktober 1890) führt der VGH aus, daß über die Frage der Hilfsbedürftigkeit zunächst die Verwaltungsbehörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden habe. Damit bindet er sich selbst an die Auffassung der Armenbehörde, denn eine andere Auffassung über das Vorliegen der Hilfsbedürftigkeit kann nur mittels des Gegenbeweises, die Armenbehörde habe ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht, durchgesetzt werden. Ebenso stellt

er in der E R II 135 (7. Okt. 1891) die Beurteilung der Umstände bezüglich der Frage der Hilfsbedürftigkeit in das pflichtgemäße "Bemessen" des vorläufig verpflichteten Ortsarmenverbandes. Auch in der E R III 829 ist vom Ermessen der Armenbehörde bei der Entscheidung über die Hilfsbedürftigkeit die Rede. Gleichzeitig wird angedeutet, daß dieses sich natürlich im Rahmen der durch die Armen-gesetzgebung gezogenen Grenzen zu bewegen habe.

2. In drei anderen im 1. Bande der Rechtsprechung abgedruckten Entscheidungen bzw. Entscheidungsauszügen erklärt der VGH das Erkenntnis der Armenbehörde als für ihn bindend, ohne hierbei von einem Ermessen der Armenbehörde zu sprechen. So z.B. die E R I 977 (27. Nov. 1877): "Nachdem dargetan ist, daß die zur Entscheidung über die Hilfsbedürftigkeit allein zuständige Staatsverwaltungsbehörde die Unterstützungsbedürftigkeit als vorhanden anerkannt hat, ist gegen die Entscheidung keine Beanstandung vor dem Verwaltungsgericht mehr zulässig" ¹⁾. Wohlgemerkt, es ist nicht ein einzelner, der hier unzulässigerweise Klage erhoben hat, sondern es streiten sich zwei Armenverbände. Es liegt nahe, auch diese Gruppe von Entscheidungen zu den Fällen zu rechnen, in denen der VGH die Auffassung vertritt, die Feststellung der Hilfsbedürftigkeit sei Ermessenssache, auch wenn er dies in seinen Formulierungen nicht ausdrücklich erwähnt.

3. In einer weitaus größeren Anzahl der einschlägigen Entscheidungen prüft jedoch der VGH die Entscheidung der Armenbehörde über die Hilfsbedürftigkeit nach bzw. bildet er sich aufgrund der tatsächlichen Umstände seine eigene Meinung. So heißt es etwa in der E R III 704 (23. Mai 1905) der vorläufig verpflichtete Armenverband sei in seinem auf die Feststellung der Hilfsbedürftigkeit gerichteten Tun- und Lassen der Beurteilung der zuständigen Gerichte unterstellt, oder in der E R I 975 (28. Juni 1881): die

1) Vgl. noch E R I 976 (28. Sept. 1875);
E R I 979 (31. Okt. 1882).

Verwaltungsgerichte hätten sich von den Tatfragen, die den Ersatzanspruch bedingen - Hilfsbedürftigkeit - eine selbständige Überzeugung zu bilden.

Interessant ist nun die Art und Weise, in der sich der VGH sein eigenes Urteil bildet. Seine Ausführungen beschränken sich nicht nur darauf, im Einzelfalle die Hilfsbedürftigkeit zu bejahen. Er stellt vielmehr Voraussetzungen auf, die im Einzelfalle nachweisbar sein müssen damit eine Hilfsbedürftigkeit bejaht werden kann. Es genügt nicht, daß der einzelne objektiv arm, erwerbsunfähig oder krank ist, sondern die Armut, Erwerbsunfähigkeit oder Krankheit muß dem Armenverband erkennbar hervorgetreten sein (E R I 745, 747, 740, 823; R II 156). Solange ein Dritter - ob er verpflichtet ist oder nicht, spielt keine Rolle - einen Hilfsbedürftigen unterstützt, ist dieser nicht als "hilfsbedürftig" zu betrachten (E R I 741, 747). Krankheit allein genügt nicht, sie muß zugleich Arbeits- und Verdienstunfähigkeit einer Person zur Folge haben (E R I 832). Nur dann ist jemand hilfsbedürftig, wenn er sich in einer solchen Lage befindet, daß das Einschreiten der Armenbehörde "notwendig war", die Fürsorge "geboten erscheint" bzw. ein Unterlassen eine "öffentliche Pflichtverletzung" bedeutete (E R I 736, 740; R II 156).

Die Entscheidung Z 1916 S. 119 (7. Dezember 1915) faßt einige Grundsätze zusammen. Sie soll daher wiedergegeben werden.

"Über den Begriff der Hilfsbedürftigkeit gibt das Unterstützungswohnsitzgesetz keine Erläuterung. Dagegen sind aufgrund des § 8 UWG für Baden in den §§ 2 und 3 des Armenpflegegesetzes Grundsätze über die Unterstützung Hilfsbedürftiger aufgestellt, durch die der Begriff der Hilfsbedürftigkeit und demgemäß die reichsgesetzliche Unterstützungspflicht näher beeinflußt und begrenzt wird..... Danach sind von der öffentlichen Armenpflege die Personen zu unterstützen, die dauernd oder vorübergehend außerstande sind, aus eigenen Mitteln oder durch eigene Kräfte sich den notdürftigen Unterhalt selbst zu verschaffen, wenn nicht ein Dritter, der rechtlich verpflichtet ist, leistet. Die öffentliche Armenpflege hat also nur

subsidiär einzutreten. Der Armenbehörde liegt ob, die Verhältnisse im Einzelfall sorgfältig zu prüfen und dabei diejenige Aufmerksamkeit walten zu lassen, die nach den Umständen gefordert werden kann."

So wenig zahlreich die Entscheidungen, in denen der VGH sich an die Entscheidung der Armenbehörde für gebunden hält, sind, so sind diese doch Ausdruck seiner Überzeugung, daß die Armenbehörde bei ihrer Entscheidung Ermessen übt. Dafür zeugt insbesondere die erwähnte E R III 829. Seine eigene Feststellungsbefugnis leitet der VGH aus dem allgemeinen Recht der Gerichte ab, bestimmte Verhältnisse, deren Beurteilung an sich einem anderen Gewaltträger obliegt, innerhalb der Vorfragenprüfung zu entscheiden.

Die Vorfragenprüfung stellt sich für ihn nicht nur als eine Ermessensschränkenprüfung dar, was ja insofern nahe läge, als die Armenbehörde, kommt es zum Rechtsstreit zwischen den Armenverbänden, schon einmal im Verwaltungsverfahren positiv oder negativ über die Hilfsbedürftigkeit entschieden hat. Er hält sich vielmehr für berechtigt, anstelle der Ansicht der Armenbehörde seine eigene, selbständige Überzeugung zu setzen. D.h. im Sinne der klassischen Lehre übt er innerhalb der Vorfragenprüfung selbst Ermessen²⁾.

1) E Z 1874 S. 30 ff. (31. Oktober 1873).

Der Entscheidung ist eine Anmerkung Wielandts angefügt, der darauf hinweist, daß die Bindung des Verwaltungsrichters an die Entscheidung der Armenbehörde im Endeffekt zu einem lästigen Doppelverfahren (Verfahren vor der Armenbehörde; Verfahren vor dem VGH, das, da die Bindung besteht, als überflüssig erscheint) führe und außerdem die Vollstreckbarkeit eines Urteils von einer Entschliessung der Verwaltungsbehörde abhängig mache. Er ist der Ansicht, daß § 4 EUWG nur verdeutlichen sollte, daß der Bürger kein klagbares Recht auf Unterstützung habe. - (Der VGH, der Gelegenheit hatte, sich gutachtlich zum Armengesetzentwurf zu äußern, hatte vorgeschlagen, dem einzelnen ein Klagerrecht zu gewähren, ein Vorschlag, der keine Berücksichtigung fand.)

Vgl. auch Z 1882, S. 71; Z 1882 S. 147 (24. Jan. 1882)

2) Was die Vorfragenkompetenz als solche anbetrifft, so

Betrachtet man die Methode dieser gerichtlichen Ermessensentscheidung, so wird man gewahr, daß sie derjenigen der Auslegung bestimmter Rechtsbegriffe entspricht. Die Wertung des Begriffes, die der VGH vornimmt,

ist es zweifelhaft, ob sie auch die Berechtigung verleiht, Ermessensentscheidungen, die an sich Verwaltungsbehörden zustehen, im Rahmen der Vorfragenprüfung zu treffen. Für das Ermessen im Sinne einer Wahlfreiheit der Behörde zwischen verschiedenen Verhaltensweisen muß dies ausgeschlossen sein. Die Gerichte haben die Aufgabe, in der Vergangenheit liegende Tatbestände zu beurteilen. Eine Ermessensentschliessung schafft aber einen neuen Tatbestand. Kann man bei einer Rechtsfrage, die zu beurteilen ist, sagen, die Lösung sei vorgegeben, so gewiß nicht bei einer Ermessensfrage, die doch der freien Beantwortung der Behörde unterliegt. Das Gericht kann in diesem Falle überhaupt keine feste Grundlage für seine Entscheidung finden. Die Behörde könnte ja, was sie dürfte, einen anderen Willen als das Gericht haben!

Das Gleiche muß aber für das Erkenntnisermessen der klassischen Theorie gelten. Denn auch für es gilt wenigstens theoretisch, daß die Beurteilung der an und für sich zuständigen Behörde unkontrollierbar ist, und das Gericht durch eine eigene Entscheidung das Erkenntnis der Behörde nicht ersetzen kann. Wenn es im vorliegenden Fall der subjektiven Entscheidung der Armenbehörde anvertraut sein soll, ob die Fürsorge in Tätigkeit tritt, kann eine innere Berechtigung der Gerichte, an Stelle der Entscheidung der Armenbehörde die eigene zu setzen, nicht bestehen.

Demnach ist das Recht der Vorfragenprüfung auf die Fälle zu beschränken, in denen eine einheitliche Entscheidung für alle Gewaltträger als rechtlich notwendig und möglich erscheint, d.h. wenn die Hauptentscheidung durch die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache bedingt wird. Nur dann, wenn jeder Gewaltträger im Staat über eine bestimmte Frage nach Maßgabe des Rechts und der richtig angewandten Erkenntnisgrundsätze die gleiche Entscheidung fällen müßte, erscheint es erträglich, die der einen Gewalt zustehende Entscheidung innerhalb der Vorfragenprüfung der anderen Gewalt zuzusprechen.

Es kommt hinzu, daß die Vorfragenprüfung nur da einen Sinn haben kann, wo über die Vorfrage noch nicht von der an sich zuständigen Behörde entschieden ist. Hat die Armenbehörde nach ihrem Ermessen die Hilfsbedürftigkeit im Verwaltungsverfahren bejaht oder verneint, dann erscheint eine neue Prüfung, die den Rahmen einer Schrankenprüfung überschreitet, überflüssig. - Vgl. zum Vorgetragenen die gegenteilige Ansicht Forst-hoffs. a.a.O. S. 76.

bevor er subsumiert, ist eine abstrakte und beansprucht für sich allgemeine Bedeutung, wie auch die Ergebnisse richterlicher Interpretation. Keine Armenbehörde könnte angesichts der Autorität des Gerichtshofes und der dem Zwecke der Institution des Armenrechts entsprechenden Wertung des Begriffes durch diesen Gerichtshof eine eigene, individuelle Deutung der Erfordernisse der Hilfsbedürftigkeit vornehmen und sie willkürlich im Einzelfalle verändern

Zu entsprechenden Ergebnissen führt z.B. auch die Rechtsprechung des VGH zu § 37 Abs. 1 Buchst. b) des Straßengesetzes vom 14. Juni 1884 (GuVBl. S. 285 ff). Nach dieser Bestimmung beschließt die zuständige Staatsverwaltungsbehörde über die Frage, ob und inwieweit ein Weg ein öffentlicher, d.h. dem allgemeinen Gebrauch bestimmter sei.

Der VGH hat mehrmals ausgesprochen, daß die Wegebehörde diese Entscheidung nach ihrem Ermessen treffe. So heißt es insbesondere in der E Z 1912 S. 218 (2. Juli 1912) unter Hinweis auf die Motive des Regierungsentwurfs, die Entscheidung sei den Verwaltungsbehörden übertragen, "weil es sich hier um eine nach freiem Ermessen der obwaltenden Verhältnisse zu regelnde Frage der öffentlichen Interessen handelt." Schon aus dieser Regelung ergebe sich die Folgerung, daß die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden eine ausschliessliche sei. In der E R III 1144 (15. Okt. 1903) zitiert er in der Begründung seiner Entscheidung über einen angefochtenen Bescheid der Staatsverwaltungsbehörde zur Wegebaupflicht einer Gemeinde ausdrücklich den § 4 Abs. 4 VRPflG., um seine Unzuständigkeit kundzutun. Der gleichen Auffassung huldigt er - wenn auch nicht expressis verbis - in früheren Entscheidungen, die zum Teil in die Zeit vor Erlass des 1. Straßengesetzes vom 14. Januar 1868 (Reg. Bl. S. 13 ff) fallen.¹⁾

1) Vgl. insbesondere E R I 1212 (13. Okt. 1864).

Während es der VGH in der E R I 1212 noch ablehnt, inzidenter über die Öffentlichkeit eines Weges zu befinden, nimmt er dieses Recht in der Entscheidung R III 1145 (19. Februar 1907 = Z 07 S. 189) ausdrücklich für sich in Anspruch, beschränkt es allerdings auf den Fall - und hier im Gegensatz zur Rechtsprechung über den Begriff "Hilfsbedürftigkeit" -, daß die Verwaltungsbehörde noch nicht im Verfahren nach § 37 Abs. 1 Buchst. b) Straßengesetz Beschluß gefaßt habe¹⁾.

Innerhalb der Vorfragenprüfung entscheidet der VGH gemäß Z 07 S. 190 in voller Freiheit. Wie handhabt er sie? Ein Blick auf die Erörterungen zeigt, daß er unter sorgfältiger Herausarbeitung tatsächlicher und rechtlicher Voraussetzungen die Frage untersucht, ob der Weg, an dem im gegebenen Fall der Eigentümer eine Verbotstafel angebracht hatte²⁾, ein öffentlicher, mithin Gegenstand eines öffentlichen Rechtsverhältnisses sei, das der Eigentümer zu respektieren gehabt habe. In der Zusammenfassung heißt es: Das Recht am öffentlichen Weg ist nach dem Vorstehenden durch das Vorhandensein von drei Voraussetzungen bedingt, einer Wegeanlage, der Widmung derselben für den Gemeingebrauch und der tatsächlichen Verwirklichung des letzteren.

Die Herausstellung der essentialia des Begriffes "öffentlicher Weg" erinnert an die Rechtsprechung zum Begriff "Hilfsbedürftigkeit". Es findet eine Bestimmung des Begriffes statt, an die auch die in ihrem Erkenntnisermessen "freie" Staatsverwaltungsbehörde gebunden erscheint und die von Lehre und Praxis allgemein anerkannt ist³⁾.

1) Vgl. oben S. 45/46. Das zur Kritik der Vorfragenprüfung von Ermessensfragen Gesagte gilt auch hier.

2) Die Polizei hatte ihm mit der angefochtenen Verfügung aufgegeben, die Tafel zu beseitigen.

3) Die Ausführungen über das Wegerecht beschränkten sich bewußt auf die Frage, ob ein bestehender Weg ein öffentlicher sei. Sie umfassen nicht auch die Entschließung, ob ein öffentlicher Weg zu bauen ist, weil dies schon das Verkehrsbedürfnis erheischt.

2) Die wissenschaftliche Auseinandersetzung über
die Lehre vom Ermessensbegriff.

Kehren wir zum Ausgangspunkt der Untersuchung zurück: der Unterscheidung von Ermessensbegriff und unbestimmtem Rechtsbegriff. Um festzustellen, wo das Kriterium dieser Unterscheidung zu suchen ist, gingen wir auf den Versuch ein, die Begriffe nach ihrer Eigenschaft, bestimmbar oder unbestimmbar zu sein, einzuordnen. In diesem Zusammenhang streiften wir die Auslegungspraxis des VGH, der wir zwei Beispiele einer Ermessensrechtsprechung (Ermessensbegriffe "Hilfsbedürftigkeit" und "öffentlicher Weg") folgen ließen. Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß wie die Rechtsbegriffe, so auch Ermessensbegriffe einer Bestimmung fähig sind, so daß der Schluß naheliegt, ein struktureller Unterschied der beiden Begriffsarten bestehe nicht.

Hier setzt die moderne Kritik der klassischen Lehre ein. Der Behauptung, viele unbestimmte Gesetzesbegriffe seien einer allgemeingültigen, eindeutigen Bestimmung nicht zugänglich¹⁾, wird entgegengehalten, daß jeder Begriff der Auslegung unterliege, und jede Gesetzesanwendung davon ausgehen müsse, daß das Gesetz auch dann, wenn es sich nur unbestimmt ausdrücke, alle Einzelfälle regeln wollte. Es heißt, der Gesetzgeber habe die Lösung gegeben. Derjenige, der das Gesetz anwende, müsse sie nur finden. Es entspreche der ratio des Gesetzes, daß dieses nur eine Entscheidung für richtig empfunden und in sich aufgenommen habe. In diesem Sinne namentlich Reuss²⁾.

1) Schriftsteller, die u.a. die Trennung von unbestimmten Rechtsbegriffen u. Ermessensbegriffen vertreten haben

1) Nebinger a.a.O. S. 228/29

2) Turegg a.a.O. S. 28

3) Schmidt-Brücken a.a.O. DÖV 1949 S. 41

4) Forsthoff a.a.O. S. 70.

2) DVBl 1953 S. 585 ff und 649 ff.

Geht man von der Prämisse aus, das Gesetz enthalte die richtige Lösung des Einzelfalles, dann muß man eingedenk des Satzes, daß die Exekutive an Recht und Gesetz gebunden ist, folgern, daß jene nicht nach ihrem Ermessen eine tatsächliche Lebenserscheinung der gesetzlichen Regelung entziehen kann, es sei denn, sie wird ausdrücklich vom Gesetz ermächtigt. Vielmehr muß entsprechend der Priorität des Gesetzes, die Exekutive diesem durch Auslegung Geltung verschaffen. Dies bedeutet, daß nach Reuss den Verwaltungsgerichten in jedem Falle eine nachprüfende Beurteilung der Auslegung unbestimmter Begriffe zustehen muß. Dabei ist stillschweigend vorausgesetzt, daß die Gerichte allgemein zur Auslegung der Gesetze berufen sind.

Die Angriffe gegen die klassische Lehre sind aus der rechtsgeschichtlichen Situation, in die sich heute die Verwaltungsgerichtsbarkeit gestellt sieht, zu erklären. Die Frage der Abgrenzung von Rechtsbegriffen und Ermessensbegriffen hat durch die Rückkehr zum Rechtsstaat nach 1945 wieder an Aktualität gewonnen. Des weiteren verlangt die Generalklausel und der damit - verglichen mit dem früheren Enumerationssystem - allumfassende Verwaltungsgerichtsschutz eine möglichst klare Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Auffassung der von Reuss angeführten jüngeren Lehre bewirkt natürlich eine weitere Zunahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Verwaltung. Sie ist namentlich in den letzten Jahren bekämpft worden.

Symptomatisch für die Ungewißheit, um nicht zu sagen Verwirrung, die der Streit zur Folge hat, ist etwa die Auseinandersetzung zwischen Giese und Dürig in der Juristenzeitung¹⁾. Mit zahlreichen Belegen aus dem neueren und älteren Schrifttum kommt ersterer zum Schluß, daß

1) Dürig, JZ 1953 S. 535 ff.; Giese, JZ 1952 S. 585 ff.

z.B. das "öffentliche Interesse" und das "Bedürfnis" keine der Auslegung fähigen Rechtsbegriffe darstellten, sondern bei derlei Fragen die behördliche Handhabung Ermessenssache im üblichen Sinne sei. Dagegen nun Dürig, der sich bemüht, eine Entwicklung der beiden genannten Begriffe von Ermessensbegriffen zu Auslegungsbegriffen nachzuweisen. Die Veränderung sei auf gesetzgeberische Eingriffe, insbesondere aber auch tiefgreifende Umwälzungen der Verfassungslage (Aktualisierung der Grundrechte) zurückzuführen¹⁾.

Mit sachlich neuartigen Gesichtspunkten tritt Dieter Haas hervor²⁾. Sein Aufsatz rüttelt, soweit er die Behauptung enthält, ein wesentlicher Zug der ergänzenden Gesetzesauslegung sei ein der Verwaltungsbehörde überlassener Ermessensspielraum, an den Grundlagen der Rechtsanwendung überhaupt. Im Ausgangspunkt Vertreter der jüngeren Lehre - jeder unbestimmte Gesetzesbegriff ist grundsätzlich ein Rechts(Auslegungs)begriff - kommt Haas zu Ergebnissen zugunsten des freien Ermessens, wie sie nicht einmal die klassische Lehre aufzuweisen hat. Es heißt wörtlich: "dem Auslegenden wird vom Gesetzgeber bewußt ein bestimmter Spielraum eingeräumt."

Diese Auffassung ist abzulehnen. Der Auslegende hat den Willen des Gesetzgebers, der mit dem Willen des Gesetzes zusammenfällt, zu erkennen, zu finden und ihm Geltung zu verschaffen. Der Wille des Gesetzgebers ist Auslegungsziel und Auslegungsergebnis, Ausdruck für die apriorische Notwendigkeit einer systematisch-widerspruchslosen Auslegung der gesamten Rechtsordnung. Den Gesetzeswillen zu finden, dient aber auch die ergänzende

1) Diese Auffassung, die das "Ermessen" bzw. die "Auslegung" in eine direkte Relation zur Entwicklung des Rechtsschutzes im öffentl. Recht bringt, wird m.E. mit Recht von Reuss als falsch kritisiert. Ob ein Begriff der Auslegung fähig ist, hängt nicht von äußeren Umständen, sondern von seiner Struktur ab. Reuss spricht entgegen Dürig von einer "Entdeckungsgeschichte" des Auslegungsbegriffs.

2) Dieter Haas, MDR 1953 S. 651 ff.

Auslegung, die das sich unklar ausdrückende Gesetz "zu Ende denkt und dann die Entscheidung trifft, die der Gesetzgeber bei Kenntnis aller Umstände getroffen hätte".¹⁾ Für einen Fall ist aber nur eine Lösung als richtig denkbar. Eine Ermessensfreiheit des Auslegenden erscheint somit nicht möglich. Ermessen und Auslegung widersprechen sich.

Die aber von Haas auf der Grundlage seiner theoretischen Erörterungen weiter aufgestellte Behauptung, die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe habe der Gesetzgeber in den meisten Fällen in die Hände der Verwaltung gelegt, bringt für sich betrachtet nichts neues gegenüber der bisherigen Meinung, es sei denn, es soll damit die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltung gemeint sein. Es ist unbestritten, daß zunächst einmal die tätige Verwaltungsbehörde die Gesetze, die sie anwendet, auszulegen hat. Die Gerichte greifen nur nachprüfend ein. Man wird nicht behaupten können, daß die Verwaltungsgerichte nicht befugt seien, unbestimmte Begriffe auszulegen. Die Verwaltungsgerichte haben im Verwaltungsrechtsschutz die gleiche Funktion wie die Zivilgerichte, die in ihrer Erscheinung den Vätern der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Vorbild gedient haben, und es war und ist eine der Hauptaufgaben der Zivilgerichte, das Gesetz bzw. unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen.²⁾

Die weitere Entwicklung des Theorienstreits ist gekennzeichnet durch die Bemühungen, zu einer dem Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung verträglichen Lösung zu gelangen. Allen Beiträgen ist gemeinsam, daß sie in weitem Masse von den begrifflichen Erkenntnissen von Reuss und dessen Unterscheidung von Wahlermessen und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

1) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 110 ff.

2) Vgl. auch unter S. 60.

zählen.¹⁾ Wenigstens in der Theorie geht der Streit kaum mehr darum, ob es Ermessensbegriffe und unbestimmte Rechtsbegriffe gibt oder nur die letzteren. Ausgangspunkt ist für die meisten Schriftsteller, daß jeder unbestimmte Gesetzesbegriff der Auslegung zugänglich ist, und die Auslegung durch die Verwaltungsbehörden der vollen Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Diejenigen, die sich für eine Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einsetzen, sind der Auffassung, daß das Gesetz den Verwaltungsbehörden, wenn sie Sachverhalte unter unbestimmte Gesetzesbegriffe subsumierten, einen sogenannten "Subsumtionsspielraum" einräume. In diesem Sinne haben sich namentlich Klaus Meyer, Jarosch, Bachof und Ule ausgesprochen.²⁾

Klaus Meyer führt aus, bei der Subsumtion festgestellter Tatsachen unter einen unbestimmten Wertbegriff seien die Tatsachen nicht unmittelbar unter den Begriff subsumierbar. Sie bedürften zunächst der Bewertung. Subsumiert werde dann das Werturteil. Das Problem bestehe darin, inwieweit der geistige Vorgang der Bewertung durch die Verwaltungsbehörden von den Verwaltungsgerichten nachvollzogen werden dürfe. Meyer gelangt zu dem Ergebnis,

-
- 1) Die Bedenken Loppuchs in seinem Aufsatz "Die verwaltungsbehördliche Ermessensentscheidung und Ermessenshandlung" (DVBl. 1955 S. 416 ff.) zum Sprachgebrauch des Begriffes Ermessen werden nicht geteilt. In der Diskussion haben sich Begriffe wie Urteilsermessen und Wahlermessen eingebürgert. Sie sollten, obwohl die Hinweise Loppuchs an sich berechtigt sind, der besseren Verständigung willen beibehalten werden.
- 2) Klaus Meyer: Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte DÖV 1954 S. 368 ff.
Jarosch: Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte. DVBl. 1954 S. 521 ff.
Bachof: Beurteilungsspielraum, Ermessen u. unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. JZ 1955 S. 97 ff.
Ule: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955 S. 309 ff.

daß das Verwaltungsgericht ein fehlerfrei zustandekommenes Werturteil nicht berichtigen, sondern nur anderer Meinung sein könne.¹⁾

Jarosch versucht nachzuweisen, daß die Rechtsordnung in vielen Fällen einen Spielraum für die Feststellung von Werten gebe. Er erläutert den Gedanken am Beispiel des Grundgesetzes, das die Frage nach der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik bewusst offengelassen habe und daher grundsätzlich eine sozialistische oder liberale Wirtschaftsordnung als gleichwertig anerkenne. Es sei nicht Aufgabe des Richters, eine bestimmte (nämlich seine) Wertung für massgeblich zu erklären. Von Jarosch stammt der Satz, die Gerichte sollten nicht ein problematisches Urteil der Verwaltung durch ein ebenso problematisches ersetzen.²⁾

Einen ähnlichen Weg wie Meyer geht Bachof. Er teilt die unbestimmten Gesetzesbegriffe ein in solche, bei denen die Subsumtion der Tatsachen im Wege einer freien Beurteilung geschehe, und in andere, bei denen dies nicht der Fall sei. Die Frage nach der objektiv richtigen Subsumtion sei grundsätzlich eine Rechtsfrage, die Verwaltungsgerichte dürften jedoch die Subsumtion nicht bei allen unbestimmten Gesetzesbegriffen nachprüfen. Mit anderen Worten, Bachof nimmt einen Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden an: Das Gericht habe, sei der Spielraum gegeben, nicht mehr zu prüfen, ob eine Tatsache dem Wertbegriff objektiv unterfalle, sondern ob sie von der Behörde bei verständiger Würdigung als unter den Begriff fallend angesehen werden dürfe. Die Vermutung spreche gegen die Einräumung eines Subsumtionsspielraumes, andererseits sei es Sache der Verwaltungsgerichte, die Grenzen des gedachten Beurteilungsspielraumes zu ziehen.³⁾

1) A.a.O. S. 369

2) A.a.O. S. 521 insbesondere S. 524

3) A.a.O. S. 97 ff. insbesondere S. 99.

Am eingehendsten hat Ule die angeschnittenen Fragen besprochen. Er knüpft hierbei zum Teil an die Vorschläge Klaus Meyers, Jaroschs und Bachofs an: Die Anwendung eines unbestimmten Wertbegriffes setze im Einzelfalle eine Bewertung des Sachverhalts voraus, die irrationale und emotionale Elemente enthalte.¹⁾ Dies schließe grundsätzlich nicht aus, daß die Wertung sich an vorgegebenen Werten, wie Erfahrungssätzen, gesellschaftlichen Anschauungen und dergl. mehr orientiere und umgekehrt. Lediglich im Zweifel, wenn dem unbestimmten Gesetzesbegriff eine vom Gesetzgeber nicht intendierte, aber nun einmal vorhandene Mehrdeutigkeit innewohne, sei der Behörde ein relativ freier Spielraum eingeräumt, und habe das Verwaltungsgericht der Behörde zu folgen, wenn deren Auffassung aufgrund des festgestellten Sachverhalts vertretbar sei.

Die Aktualität des Problems wird u.a. auch dadurch unterstrichen, daß der Ausschuß des Bundesrates für innere Angelegenheiten vor einiger Zeit vorschlug, in der kommenden Bundesverwaltungsgerichtsordnung Inhalt und Schranken der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Auslegung und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe zu umschreiben. Er empfahl, in den Entwurf des Gesetzes einen § 114a aufzunehmen, dessen Absatz 2 folgenden Wortlaut erhalten sollte:

"Ist die Verwaltungsbehörde durch einen unbestimmten Rechtsbegriff eingeschränkt oder gebunden, so liegt Rechtswidrigkeit nur insoweit vor, als die Beurteilung dieser Begriffe dem Sinn des Gesetzes widerspricht".²⁾

1) Erläutert am Beispiel des Begriffes "gute Sitten". Ule bezweifelt, daß derjenige, der den Begriff anwende, auf (exakte) objektive Wertungen zurückgreifen könne. Schliesslich müsse der Richter (selbständig wertend) entscheiden, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstosse. S. 323 a.a.O. Zum Folgenden insbes. S. 324-327.

2) Zitiert nach Ule: "Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff" in DVB1. 1955 S. 148.

Gegen diesen Versuch, die Frage durch eine gesetzliche Regelung abschließend zu klären, nahm am 12.5.1955 eine gemischte Kommission von Zivilprozesslehrern und Verwaltungsrechtslehrern einstimmig Stellung mit der Begründung, daß derartige Fragen der Rechtsmethodik einer Regelung durch den Gesetzgeber nicht zugänglich seien.¹⁾

Der Streit zwischen denjenigen, die die volle und uneingeschränkte verwaltungsgerichtliche Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Begriffe durch die Verwaltungsbehörden fordern, und den Anhängern einer gemäßigten Richtung bzw. der klassischen Lehre spiegelt sich auch in der Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte wider. Das Bundesverwaltungsgericht z.B. vertritt die Ansicht, daß den unbestimmten Gesetzesbegriffen, die nach allgemeinen Erfahrungssätzen einer eindeutigen Bestimmung und Anwendung zugänglich seien, andere unbestimmte Begriffe gegenüberstünden, die der freien Beurteilung durch die Verwaltung unterlägen.²⁾ Dieselbe Auffassung vertritt z.B.

-
- 1) Vgl. Ule a.a.O. (Anm.1) S. 148, Gross, Im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit" in DVBl. 1954 S. 739 und Bachof in JZ 1955 S.101.
- 2) Vgl. insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 9 Abs. 1 des Personenbeförderungsgesetzes, (Urteil vom 10.3.54 JZ 1954 S. 575) sowie der von Bachof in JZ 1955 S. 101 besprochenen Beschluß vom 12.6.1953 IB 12/53 (Zur Frage der Zumutbarkeit eines Zwangsmieters).
- Im erwähnten Urteil zu § 9 Abs. 1 Pers.bef.G. folgt das Bundesverwaltungsgericht der Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs (DÖV 1953 S. 636), daß die Verwaltungsbehörde nach ihrem pflichtgemässen Ermessen feststelle, ob ein Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs zuwiderlaufe oder nicht. U.a. hat der Bayrische VGH in seinem Urteil vom 18.2.1955 DVBl. 1955 S. 253 die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kritisiert, ohne allerdings zu den oben wiedergegebenen Lösungsvorschlägen der Wissenschaft (Meyer, Jarosch, Bachof und Ule) Stellung zu nehmen (vgl. hierzu die Anm. Ules im DVBl. 1955 S. 257 ff.). In einem jüngst veröffentlichten Urteil hat das BVerwG seinen Standpunkt gegenüber der Kritik des Bayrischen VGH aufrechterhalten (U.v.11.10.1956 DÖV 1957 S. 582 ff.). In der Begründung geht das Gericht auch auf die Gedankengänge Ules ein. Es heißt u.a.: "Ergibt die Prüfung, daß mehrere Lösungen, auch die von der Behörde

der Badische Verwaltungsgerichtshof der Nachkriegsjahre.¹⁾ Andere Gerichte hingegen, darunter insbesondere der Bayrische Verwaltungsgerichtshof, bejahen ohne Einschränkung die volle verwaltungsgerichtliche Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Begriffe durch die Verwaltungsbehörden. Diese Gerichte sind in der Mehrzahl.²⁾

Wie die gedrängte Wiedergabe der wichtigsten Beiträge der letzten Jahre gezeigt hat, ist heute der Theorienstreit auf den Bereich der engeren Rechtsanwendung zurückgeführt, die der Auslegung des unbestimmten Begriffes nachfolgt. Auch hinsichtlich des Subsumtionsvorganges besteht im Anschluss an Klaus Meyer³⁾ Einigkeit darüber, daß die Gerichte die Feststellung des Sachverhalts als Voraussetzung der rechtlichen Subsumtion voll nachzuprüfen und darauf zu achten haben, daß die Verwaltung der Subsumtion keine unrichtigen Erfahrungssätze zugrunde legt oder Denkfehler begeht.

Ungeklärt ist, ob und inwieweit die Gerichte die Bewertung bestimmter Sachverhalte im Hinblick auf den anzu-

gewählte, dem Sinne des Gesetzes entsprechen, so findet die Prüfung des Gerichts hier eine Schranke. Der Entscheidung des Bayr. VGH kann daher nicht zugestimmt werden. Zutreffend legt der Beklagte dar, daß der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung habe, wenn die normativen Voraussetzungen gegeben seien, daß die Behörde aber dennoch die Genehmigung versagen könne, wenn der Antrag den Interessen des öffentlichen Verkehrs im Sinne der von der Behörde allgemein geplanten Verkehrsordnung widerspreche. Hiernach ist der Senat der Meinung, daß der Behörde insofern bei der Anwendung des Begriffs der Interessen des öffentlichen Verkehrs ein Raum für ihr Ermessen bleibt. Nach der Auffassung des Senats würde es im Ergebnis keinen Unterschied bedeuten, wenn man hier nicht von der Ausübung des Ermessens, sondern von der Auslegung eines mehrdeutigen Rechtsbegriffes in dem Sinne spräche, daß der Auslegung der Behörde grundsätzlich der Vorrang gebühre (vgl. hierzu Ule)"

1) Vgl. Anm. 3)

2) Vgl. die Zusammenstellung bei Jarosch a.a.O. S. 521.

3) A.a.O. S. 370.

wendenden unbestimmten Wertbegriff durch eigene Bewertung ersetzen dürfen. Meyer und Jarosch verweisen insoweit auf die besondere Lage, die dadurch entstehe, daß anders als bei der Zivilgerichtsbarkeit im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit die dritte Gewalt die zweite Gewalt überprüfe, die Wertsetzung im besprochenen Sinne aber doch naturgemäß Aufgabe allein der Exekutive sei. Dies sei der Grund dafür, daß die Rechtsprechung im vorausgesetzten Bewertungsspielraum nicht ihre Meinung an die Stelle der Exekutive setzen dürfe.¹⁾

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die Behauptung, das Gesetz erkenne im Rahmen der Anwendung unbestimmter Gesetzes- (Wert) begriffe einen Bereich an, in dem verschiedene Wertverwirklichungen als gleichwertig gälten, und wo es ausgeschlossen sei, daß einer Wertverwirklichung - nämlich der der Verwaltung - vor der anderen - der des Gerichts - der Vorzug gebühre, richtig ist: Die Verwaltung ist durch Verfassungsrecht an Gesetz und Recht gebunden. In der Rechtsordnung sind die gültigen Wertvorstellungen über das menschliche Zusammenleben niedergelegt. Die Stellen, die für die gute Ordnung des Zusammenlebens Aller zu sorgen haben, haben ihr Handeln an den gesetzlichen Wertvorstellungen zu messen, d.h. die vorgegebenen Werte aufzuspüren und zu verwirklichen.²⁾ Die Wertordnung des Gesetzes ist eine absolute. Damit verträgt es sich grundsätzlich nicht in einem, wenn auch begrenzten Bereich (Beurteilungsspielraum) gleichwertige Wertverwirklichungen als möglich anzunehmen: Dem vorgegebenen, absoluten Wert steht der Un-Wert gegenüber. Vor dem Gesetz ist also eine Gleichwertigkeit immer nur eine relative Gleichheit. Hiernach ist ein Bewertungsspielraum im besprochenen Sinne nicht anzuerkennen.

1) Meyer a.a.O. S. 368
Jarosch a.a.O. S. 522

2) Vgl. oben S. 49/50.

Dennoch sind die Ergebnisse, zu denen Ule u.a. gelangen, zu billigen: Die Rechtsanwendung in der Verwaltung ist in die Hände des Verwaltungsbediensteten gelegt. Ihm obliegt es im Einzelfalle, die im Gesetz vorgegebenen Werte aufzuspüren und zu verwirklichen. Sein Erkenntnis- und Beurteilungsvermögen ist jedoch begrenzt. Vielfach wird es ihm nur gelingen, sich bei seiner Wertung dem vorgegebenen Wert anzunähern. Die Annäherung kann eine mehr oder weniger vollkommene sein. In dem erwähnten, begrenzten Bereich wird der Gegensatz von Wert und Un-Wert, der oben des besseren Verständnisses wegen hervorgekehrt wurde, nicht mehr realisierbar sein.

Bezogen auf das Problem der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bedeutet dies: Die Verwaltung hat die in der Rechtsordnung allgemein und den im unbestimmten Gesetzesbegriff enthaltenen Werte zu verwirklichen, sich zum mindesten aber bei ihrer Beurteilung sich den vorgegebenen Werten anzunähern. Hat die Verwaltung den Willen, des Gesetzes mit ihrer Entscheidung annähernd getroffen, wird das Gericht vielfach ausserstande sein zu beurteilen, ob sein Urteil vollkommener als das der Verwaltung ist. Hier liegt die Grenze der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Das Gericht wird in diesen Fällen davon abzusehen haben, sein Urteil an die Stelle desjenigen der Verwaltung zu setzen.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Anwendung unbestimmter Wertbegriffe durch die Verwaltungsbehörde ist in Grenzfällen eingeschränkt. Während Ule u.a. einen Bereich annehmen, in dem mehrere Wertungen gleichrichtig sein sollen, bekennen wir uns zu der Auffassung, daß das Gesetz grundsätzlich die Wertentscheidung enthalte, und die Verwaltung wendet sie das Gesetz an, dessen Entscheidung lediglich aufzufinden und zu verwirklichen habe. In einem eng begrenzten Bereich kann jedoch das Verwaltungsgericht, wenn es die Beurteilung der Behörde nachvollzieht, nicht feststellen, daß die Beurteilung der Behörde dem Gesetz nicht entspreche.

Die hier niedergelegte Auffassung setzt voraus, daß auch den Verwaltungsgerichten das Recht der eigenen Wertung zusteht, was immer wieder bestritten wird.¹⁾ Hierzu ist zu sagen, daß sich die Rechtsordnung sowohl an die vollziehende als auch an die rechtsprechende Gewalt wendet, soweit sie Rechtserkenntnisse fordert. Der Umstand, daß das Gericht erst in zweiter Linie mit der Rechtsfindung beauftragt ist, tut dem keinen Abbruch.²⁾ Insbesondere im 20. Jahrhundert war und ist die Rechtsentwicklung von dem Gedanken getragen, den Gerichtsschutz gegenüber den Eingriffen der hoheitlichen Gewalt zu stärken. Die Kontrolle der dritten über die zweite Gewalt wird als rechtspolitisch erwünschtes rechtsstaatliches Mittel, die Dynamik der Verwaltung zu lenken, aufgefasst.³⁾ Soweit die Gerichtsordnung den Gerichten nur Kassationsbefugnisse erteilt - und das ist in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Regel - bleibt die eigene Wertung des Gerichts grundsätzlich unausgesprochen, steht aber doch immer im Hintergrunde des kassierenden Urteils.

Aus dem Grundsatz, daß die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltung sich auch auf die volle Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe erstreckt, ergeben sich zudem keine untragbaren Schwierigkeiten: Mit Ule u.a. ist zu beachten, daß jedes Rechtserkenntnis der Verwaltung, das einen schöpferischen Akt des Beurteilers verlangt, nicht vom subjektiven Empfinden des Beurteilers getragen sein darf, sondern von den Wertmaßstäben, die jede gute Verwaltung anlegen muß.⁴⁾ Diese Forderung gilt ebenso für den Verwaltungsrichter, dessen

1) Vgl. oben S. 57/58 (Jarosch und Klaus Meyer für viele)

2) Vgl. auch S. 52.

3) In der Einleitung wurde ausgeführt, daß der Gerichtsschutz gegenüber Eingriffen der hoheitlichen Gewalt mit der Durchführung der Gewaltenteilung; zunächst in weitgehendem Maße hinfällig wurde. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte diesem Mangel abhelfen. (Vgl. Einleitung S. 1 ff.)

4) Ule a.a.O. S. 324.

Aufgabe es ist, die Rechtsanwendung der Verwaltung zu kontrollieren. Sie entspricht dem für den Justizrichter geltenden Satz, daß der Richter nicht seiner eigenen Rechtsüberzeugung, sondern der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit Geltung zu verschaffen hat.

Die Wertverwirklichung der Verwaltung ist aus den angegebenen Gründen grundsätzlich kontrollierbar und messbar. Die relative Freiheit der Verwaltung, die wie jede gute Verwaltung zu entscheiden hat, ist keine Freiheit mehr, sondern Gebundenheit. Die Grenzfälle, in denen dem Richter verwehrt sein muss, sein Urteil an die Stelle desjenigen der Verwaltungsbehörde zu setzen, sind diejenigen Fälle, in denen das gute Urteil der Verwaltung von dieser vorweggenommen und die Wertannäherung eine so vollkommene ist, daß der Richter seine Beurteilung nicht mit Sicherheit als die bessere betrachten kann. Hier jedoch den Richter einzuschränken und ihn sagen zu lassen, die Behörde habe den Rahmen der freien Beurteilung eingehalten, ist nicht richtig und nicht erforderlich. Eine lebendige, das Eigenleben der Verwaltung berücksichtigende Rechtsprechung wird in Grenzfällen aussprechen, daß keine Umstände dafür ersichtlich seien, daß die Behörde den unbestimmten Begriff nicht richtig angewendet habe.

3) Historischer Ursprung der Lehre vom Ermessensbegriff.

Wir wenden uns wieder der Vergangenheit zu und suchen nach der Erklärung dafür, weshalb in den ersten Jahrzehnten des Bestehens der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Wille der Verwaltungsgerichte zum objektiven Erkenntnis vor den sogenannten Ermessensbegriffen halt machte. Die mangelnde Bestimmbarkeit der Begriffe kann, wie ausgeführt wurde, nicht der Grund gewesen sein. Bleibt übrig, die Wurzel der Theorie des Ermessensbegriffes in der Geschichte und in vergangenen rechtspolitischen Entscheidungen zu suchen. Daß man, um zum Verständnis zu gelangen, den Blick in die Vergangenheit werfen muss, beweist der Stand der Erörte-

rungen: Die gegenwärtige Kritik setzt sich mit einer überkommenen Lehre auseinander¹⁾.

Es fällt zunächst eines auf. Die "prominentesten" Ermessensbegriffe der klassischen Theorie sind Begriffe wie "öffentliches Interesse", "Bedürfnis", "Zweckmässigkeit", "Notwendigkeit". Ihre Beziehungen zu Kategorien wie "Staatsraison", "Staatsziele" sind fühlbar. Diese Ermessensbegriffe dienten in ihrer Vorgeschichte (bevor sie zu Gesetzesbegriffen wurden) dazu, die Wertauffassung der Staatsverwaltung bei deren Willensbildung auszudrücken. Sie sind ursprünglich Wertkategorien des Verwaltungshandelns. Ursprünglich will heißen, schon bevor die Zeit der gesetzmässigen Verwaltung angebrochen ist. In der Theorie und auch in der Praxis hat dieser Gedanke immer fortgewirkt. So kommt z.B. dem Begriff "öffentliches Interesse" die Bedeutung eines Elementes der Ermessensbildung zu. Thoma a.a.O.²⁾ sagt, das freie Ermessen weise die Behörde an, im öffentlichen Interesse schlechthin zu handeln, so wie sie es versteht und meint, ihm am besten zu dienen. Um noch Otto Mayer zu nennen: ³⁾ "Ist der ganze Akt der Behörde anheimgestellt, ist es nicht mehr wenn auch noch so weitgehende Auslegung der Gesetze, was dem zu äussernden Staatswillen Inhalt gibt, sondern eigene Erwägung des Gemeinwohls ("öffentliches Interesse"), der Billigkeit, der Zweckmässigkeit".

Auch in der Rechtsprechung kommt der Gedanke zum Ausdruck: Der VGH wies die Klage eines Bürgers ab, dem die Erteilung eines Jagdpasses verweigert worden war, weil er die Mittel zu seinem Unterhalt nicht nachgewiesen hatte. Der Vorschrift des § 14 Jagdgesetz liege der Gedanke zu-

1) Vgl. zum Folgenden allg. Reuss DVBl.a.a.O. 1953 S.649 ff
Dürig JZ 1953 S. 535 ff.

2) Thoma, Verw. Archiv 20 S. 430 ff

3) Otto Mayer, Verwaltungsrecht S. 99
Giese a.a.O. S.585 ff. will aus der Stelle entnehmen, Otto Mayer sei Anhänger der Lehre vom öffentlichen Interesse als Ermessensbegriff. Es ist zweifelhaft, ob man aus dieser Stelle eine solche Folgerung ziehen kann.

grunde, daß derjenige, welcher ein bestimmtes Mittelmaß an Mitteln für den Lebensunterhalt nicht nachzuweisen vermöge, im "öffentlichen Interesse" von der Ausübung der Jagd soll ferngehalten werden können. Das Wörtchen "kann", das im § 14 Jagdges. die Ermessensermächtigung ausdrückt, verrät für sich allein noch nichts über die Bindung (der Willensbildung) der entscheidenden Behörde an das öffentliche Interesse¹⁾. - Nach § 7 Abs. 2 des Ortsstraßengesetzes²⁾ entscheidet die Verwaltungsbehörde darüber, ob einem Antragsteller Nachsicht von der Einhaltung der Baufluchtlinie zu erteilen ist: "Die Baupolizei hat nach pflichtgemäßen Ermessen, unter Rücksichtnahme auf die in Betracht kommenden öffentlichen Interessen zu prüfen, ob sie die Genehmigung erteilen will." Daß die Behörde bei ihrer Entscheidung öffentliche Interessen zu berücksichtigen hat, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des zur Anwendung gelangten Rechtssatzes.

Die Beispiele aus Theorie und Praxis stehen für einen allgemeinen Gedanken. Der Staat handelt immer im öffentlichen Interesse im weitesten Sinne. Er tut dies auch dann, wenn er zur Befriedigung von Einzelinteressen handelt. Das öffentliche Interesse ist sozusagen die Verkörperung des Wertdenkens des Staates³⁾. Setzt der Staat Recht durch Gesetze, dann ist das Gesetz Ausdruck der im öffentlichen Interesse getroffenen Entscheidung. Wendet er Recht an, vollzieht er die im öffentlichen Interesse erlassenen Gesetzesbefehle. Übt er Ermessen, so doch ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses als Willensgebot.⁴⁾

1) R II 213 (21. Juni 1894)

2) E R III 1158 (26. Sept. 1899)

3) Es soll hier nicht behauptet werden, daß dieses Wertdenken des Staates sich nur in der Setzung und Verwirklichung des öffentlichen Interesses erschöpft.
S. unten.

4) Der letzte Satz bezieht sich auf das Wahlermessen im besprochenen Sinne, nicht auf das sogenannte Urteils-
ermessen.

Und es ist dem Staate eigentümlich, die "Richtung" der öffentlichen Interessen zu bestimmen, die Werte, die er verfolgen will, zu setzen. Nur darf er sich dabei nicht in den Widerspruch mit der Idee des Rechts setzen. Wenn er den Rahmen der von der Rechtsidee abgeleiteten Rechtsordnung, der er sich selbst unterworfen hat, missachtet, von der rechtlich zulässigen Motivation abgeht, wird ihm Einhalt geboten¹⁾

Der Gedanke, der Staat, mithin die Verwaltung, sei "zuständig", die Werte, nach denen er leben will, zu setzen, und die allgemeinen Begriffe wie "öffentliches Interesse", "Notwendigkeit", "Bedürfnis" usw. dienen dazu, die Ergebnisse dieser "Zuständigkeit" zu umschreiben, ist für die hier zu erörternde Frage sehr wichtig. Denn er leitet über zu dem Problem der Zuständigkeit, das entsteht, wenn die Wertkategorie als unbestimmter Gesetzesbegriff im Rechtsatz erscheint. Will der Gesetzgeber, der etwa eine Entschliessung vom Vorliegen eines "Bedürfnisses" abhängig macht, die Verwaltungsbehörde für allein zuständig erklären, darüber zu entscheiden, was Bedürfnis in diesem Fall sein soll, oder legt er, indem er den Begriff verwendet, bereits die Entscheidung in ihn hinein, was zur Folge hat, daß die Behörde lediglich Recht anwendet - auslegt und der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht unterworfen ist?

Der Fürst der konstitutionellen Monarchie regiert, wenn auch schon in geringem Maße durch das Parlament beschränkt im 19. Jahrhundert kraft der ihm zustehenden Souveränität unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses, der Zweckmäßigkeit, der Notwendigkeit. Allmählich mehren sich die Gesetze, in denen diese typischen Wertbegriffe der Regierung und Verwaltung Eingang finden. Immer aber verbindet man - auch zu Beginn der Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit - mit den Begriffen die

1) Vgl. 1. Hauptteil, Schranken des Ermessens a.E.

freie Tätigkeit der Verwaltung schlechthin. Der erste Präsident des VGH, Weizel, sprach anlässlich der festlichen Eröffnung der 1. Sitzung des VGH von den Aufgaben der Verwaltung: "Der inneren Verwaltung ist die große Aufgabe gestellt, auf der Grundlage der in der Staatsverfassung ausgesprochenen Grundsätze all die verschiedenartigen Verhältnisse des inneren Staatslebens dem Staatszweck gemäß zu ordnen und die gegebene Ordnung zu handhaben. Sie hat hierbei beobachtend, vorbeugend, überall das öffentliche Interesse im Auge habend, nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu verfahren."¹⁾ Bei dieser Betrachtungsweise liegt es nahe zu sagen, der Gesetzgeber, der ja in der Epoche "lebt", habe, wenn er die Wertbegriffe im Rechtsatz verwendete, in Übereinstimmung mit der einhelligen Meinung gewollt, daß jeweils die Exekutive - weil eigentlich zuständig - über die Begriffe befinden soll, dies auch da, wo er nicht ausdrücklich den Satz prägt: Über das "öffentliche Interesse" usw. entscheidet die Verwaltungsbehörde nach ihrem Ermessen. Diesen Schluß hat die "klassische Theorie" gezogen. Es heißt doch, daß der Gesetzgeber die Lösung der Frage, welchen Inhalt der Begriff habe, bewußt von sich weise²⁾.

Diese Konstruktion der Delegation einer gesetzgeberischen Zuständigkeit mag ursprünglich dem Sinn und Geist des Gesetzes, dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben. Sie ist aber schon während der klassischen Periode der Verwaltungsgerichtsbarkeit³⁾ angefochten worden und kann heute, wie die Ausführungen auf S.49 ff. zeigen, als überholt gelten.

Die zeitliche Entwicklung der Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte lehrt, daß noch vor der Jahrhundertwende

1) CBl. 1865 S. 10 ff.

2) Vgl. Jellinek a.a.O. S. 30; Fleiner a.a.O. S. 142 ff.

3) Wir meinen die Zeit von etwa 1885 - 1918.

so mancher Ermessensbegriff "zum Rechtsbegriff" wird, d.h. trotz der alleinigen Ermessenszuständigkeit der Verwaltungsbehörden befinden über diese Begriffe die Verwaltungsgerichte. Voran ging das Preußische Oberverwaltungsgericht, das z.B. prüfte, ob eine polizeiliche Maßnahme "nötig" gewesen, ob sie im "öffentlichen Interesse" gelegen habe usw. Der VGH schloß sich dieser Rechtsprechung an. Die Wissenschaft sprach in der überkommenen Terminologie von einer Ermessensrechtsprechung der Gerichte. Doch die Benennung dieser Tätigkeit der Verwaltungsgerichte ändert nichts an der Tatsache, daß sie die Begriffe auslegen und bestimmen, wenn auch noch oft vorsichtig - wie etwa der VGH in Baden - noch in der Form der Ermessensschränkenprüfung¹⁾.

Eigentliche Ursache der Entwicklung war die Notwendigkeit, gegenüber der um sich greifenden Verwaltung den rechtsstaatlichen Schutz des einzelnen auszudehnen.²⁾ Insbesondere in Preußen war der Schutzgedanke für die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsorganisation und die Entwicklung der Spruchpraxis des Oberverwaltungsgerichtes maßgeblich und entscheidend. Bezeichnenderweise wird der Ermessensbegriff alter Tradition da zuerst geprüft, wo Verwaltung und Bürger sich am ehesten mit einander entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen: im Polizeirecht. Jedenfalls wird die Frage zunächst immer da praktisch, wo aus dem Verwaltungsrechtsverhältnis gegenseitige subjektiv=öffentliche Rechte entstehen, durchgesetzt oder geschützt sein wollen. Auch die Wissenschaft setzt hier an. Einer der ersten, der die Nachprüfung bestimmter Ermessensbegriffe überhaupt verlangt, Tezner, verlangt sie wenigstens in den Fällen, dann aber immer, wenn durch eine Norm die Rechtmäßigkeit eines Anspruchs der Verwaltungsbehörde an den einzelnen oder des einzelnen an die Verwaltungsbehörde von der "Zweckmäßigkeit" und der "Notwen-

1) Vgl. unten die Rechtsprechung des VGH zum Polizeirecht.

2) Vgl. oben S. 50, 60.

digkeit" des Beanspruchten abhängig erklärt wird¹⁾. Von da bis zur jungen Lehre, die ganz generell die Konsequenzen aus der praktischen Notwendigkeit zieht, ist es nur noch ein Schritt: Alle unbestimmten Gesetzesbegriffe sind für die Rechtsbegriffe^{2) 3)}.

Ausgangspunkt für den Versuch, die Lehre vom Ermessensbegriff von der Rechtsgeschichte her zu erklären, war der Gedanke, daß die Verwaltung ursprünglich als zur Entscheidung über derartige Begriffe zuständig angesehen worden sei. Die Rechtsentwicklung, insbesondere der in seiner Bedeutung hervortretende Rechtsschutz im öffentlichen Recht haben zur Folge, daß die Konstruktion einer "Blankovollmacht" des Gesetzgerbers an die Verwaltung angegriffen wird. Man kann mit Reuss und Dürig von einer "Entdeckungsgeschichte" und "Entwicklungsgeschichte" sprechen. Einer Entdeckungsgeschichte insofern, als die Wissenschaft nachweist, daß unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessensbegriff begrifflich dieselbe Struktur aufweisen (erinnern wir uns daran, daß versucht worden ist, mit der dem Ermessensbegriff innewohnenden Mehrdeutigkeit dessen Existenzberechtigung darzulegen); einer Entwicklungsgeschichte insoweit, als möglicherweise die Entscheidung über den Ermessensbegriff im Rechtssatz nach ursprünglicher Meinung des Gesetzgebers allein der Verwaltung zustehen sollte, die Differenzierung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, wachsende Machtfülle und Forderungen des Staates an den Untertanen einen Wandel der Auffassungen bzw. des Gesetzesinhalts zur Folge gehabt haben mag⁴⁾.

1) Tezner a.a.O. S. 110; wie er auch Bühler a.a.O. S. 172.

2) Vgl. S. 49 ff. insbesondere S. 52/53.

3) Auch die Beispiele, die Reuss bringt, betreffen zunächst einmal verpflichtende Rechtsätze mit darin vorkommenden unbestimmten Begriffen entspr. Tezner. Doch ist der Wille, zu generalisieren, deutlich erkennbar. Lehrbuch S. 229/230.

4) Der Gedanke, von Dürig in der Juristenzeitung a.a.O. herangezogen, wird hier möglichst vorsichtig formuliert. Es wäre m.E. notwendig, seine Grundlage, die ursprüng-

Bei allem Streit der Theorien darf man den wiederholt hervorgehobenen realen Hintergrund der Auseinandersetzung nicht vergessen: Die Verwaltung sieht sich durch den organisierten Gerichtsschutz in ihrer Entfaltung behindert. Sie versucht, wenn nicht ihren Zuständigkeitsbereich zu erweitern, so doch ihn zu erhalten. Umgekehrt hat der Wunsch nach Schutz des einzelnen vor der Allmacht des Staates die Verwaltungsgerichte ins Leben gerufen. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu den unbestimmten Wertbegriffen zeugt davon, daß der Gerichtsschutz praktischen Lebensbedürfnissen entsprach. Die Geschichte lehrt im übrigen, daß man nicht der Selbstgenügsamkeit der Verwaltung vertrauen soll. Die Befürworter des ausgedehnten Verwaltungsgerichtsschutzes betonen immer, daß dieser kein Hemmschuh, sondern eher ein Ansporn für die Verwaltung sein sollte, ihre Dynamik in rechtsgeordneten Bahnen zu halten.

Im großen Rahmen gesehen rückt also das Problem des freien Ermessens in die Nähe der allgemeinen Zuständigkeitsprobleme. Das Enumerationsprinzip und das "freie Ermessen" dienen beide dem Gedanken, der Verwaltung einen ursprünglichen Bereich, in dem sie nicht beaufsichtigt wird, zu erhalten.

Interessant nun zu sehen, wie das Enumerationsprinzip - seinem Charakter nach eine rechtspolitische Kompromißentscheidung - im Zuge der Entwicklung der Generalklausel weicht und gleichzeitig die Stellung des Ermessensbegriffs zu wanken beginnt.

Auf die Berührungspunkte zwischen dem Enumerationsprinzip und dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden wurde schon in der Einleitung hingewiesen. Im Folgenden sollen wenigstens einige der in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen vorgeführt werden.

liche Auffassung des Gesetzgebers im 19. Jhdt. bei Verwendung der Ermessensbegriffe, näher zu untersuchen. Der Versuch der historischen Erklärung des Ermessensbegriffs bleibt trotz der Vorbehalte allein gangbar.

3. Hauptteil: Auswirkungen des Enumerationsprinzips und der Lehre vom freien Ermessen auf die Prüfung gesetzlicher Voraussetzungen einer vom Gesetz gewollten Rechtsfolge.

Das Enumerationsprinzip führt notwendigerweise zu einer Zweiteilung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in solche, die von den Verwaltungsgerichten und solche, die von den Verwaltungsbehörden entschieden werden¹⁾. Bezogen auf das Ermessensproblem heißt das: Es ist nicht möglich, eine Verwaltungsangelegenheit deswegen als Ermessenssache zu bezeichnen, weil sie von der Verwaltungsbehörde bearbeitet und entschieden wird. Dementsprechend kann der VGH, erklärt er sich in einer Sache für unzuständig, weil nach dem Gesetze die Verwaltungsbehörden zuständig sind, grundsätzlich nicht auf das freie Ermessen der Verwaltung als Grund der Unzuständigkeit verweisen.

Sind die Verwaltungsgerichte in einer Sache aufgrund des Zuständigkeitskataloges zur Entscheidung berufen, so ist ihre Prüfungsbefugnis doch wieder nach allgemeinen Grundsätzen eingeschränkt, wenn die anzuwendenden Rechtsätze Ermessensermächtigungen enthalten. Meistens wird die Ausübung des Ermessens an bestimmte Voraussetzungen geknüpft (Vgl. z.B. § 30 PolStGB, § 14 Jagdgesetz) und nicht selten verwendet der Gesetzgeber zur Umschreibung dieser Voraussetzungen unbestimmte Begriffe. Auch im strikten Rechtssatz sind die Voraussetzungen der vorgesehenen Rechtsfolge oft mit unbestimmten Begriffen umschrieben.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Verwaltungsgerichte befugt sind, die Voraussetzungen einer Ermessens-

1). Vgl. Einleitung.

ermächtigung zu prüfen, oder ob sich die Ermessenszuständigkeit der Verwaltungsbehörden auch auf die Voraussetzungen bezieht; weiter, ob Fälle denkbar sind, in denen auch im strikten Rechtssatz eine alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Prüfung der mit unbestimmten Begriffen umschriebenen Voraussetzungen gegeben ist.

Man sollte meinen, daß nach heutiger Auffassung selbstverständlich das Ermessen und damit der Ausschluß einer gerichtlichen Nachprüfung des behördlichen Handelns erst dann beginnt, wenn die Voraussetzungen des Ermessens - mögen sie vom Gesetz in Gestalt unbestimmter oder bestimmter Begriffe präsentiert werden - festgestellt sind. Die Meinung darüber ist aber nicht einhellig. Jellinek und Forsthoff vertreten sogar die Ansicht, daß im strikten Rechtssatz die Voraussetzungen durchaus Gegenstand des behördlichen Ermessens sein könnten, obwohl das - Forsthoff gibt es zu - logisch anfechtbar ist¹⁾.

Was lehrt die Praxis des VGH ?

I. Voraussetzungen im strikten Rechtssatz.

Um mit dem strikten Rechtssatz zu beginnen: Der VGH prüft grundsätzlich die Voraussetzungen als Rechtsfrage.

1) Jellinek a.a.O. S. 36

Forsthoff a.a.O. S. 80 ff.

Vgl. auch Urteil des BVerwG. vom 11.10.1956 DÖV 1957 S. 582: Der Antragsteller hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung (§ 9 Abs.1 Personenbeförderungsgesetz), wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Bei deren Prüfung ist der Behörde ein Raum für ihr freies Ermessen eingeräumt. (Vgl. S. 56, die entscheidenden Sätze sind mitzitiert).

Jdel: "Zum unbestimmten Rechtsbegriff im öffentlichen Recht", NJW 1955 S. 733: Der Verfasser hält für möglich, daß im Tatbestandteil einer Ermessensermächtigungsnorm Ermessensbegriffe erscheinen.

Einen besonderen Ausnahmefall bildet die E Z 1887 S. 165 (9. Februar 1887). Die Entscheidung erging zum Tabaksteuergesetz des Reiches vom 16. Juli 1879 (RgBl. S. 295). Der Sachverhalt, der der Entscheidung zugrundelag, ist sehr kompliziert. Im grundsätzlichen geht es um die Frage, ob der steuerpflichtige Tabakkäufer für Gewichtsverluste des Tabaks, die infolge einer Eintrocknung während der Lagerung beim Pflanze und Verkäufer entstehen, einen Anspruch auf Minderung der Tabaksteuer hat. Gemäß § 17 I TStG kann, wenn ein auf natürlicher Eintrocknung beruhender Gewichtsverlust zu beklagen ist, ein Nachlaß bewilligt werden. Der § 17 I TStG enthält eine Kannformulierung, die zunächst auf eine Ermessensermächtigung hinweist. Der VGH ist anderer Meinung. Das Wörtchen kann soll nach ihm die Bedeutung haben, daß die Vollzugsbehörden nach ihrem Ermessen zu entscheiden haben, ob ein tatsächlicher Gewichtsverlust einer natürlichen Eintrocknung zuzuschreiben ist. "Die Frage, welche rechtlichen Folgen der durch das Ermessen festgestellte Tatbestand haben soll, kann selbst nicht wieder Sache des Ermessens sein, sie ist eine Rechtsfrage." (S. 169 r. Sp.). D. h., der VGH interpretiert den besagten Satz des § 17 Abs. 1 des Gesetzes als strikten Rechtssatz. Über die in ihm aber enthaltene Voraussetzung des Rechtsanspruchs des Steuerpflichtigen (Eintrocknung) entscheidet das Ermessen der Behörde: "Eine Klage gegen eine derartige Entscheidung ist völlig ausgeschlossen". -

Das Erkenntnis ist bezeichnenderweise Gegenstand einer sehr selten vorgekommenen Nichtigkeitsbeschwerde geworden, und der Kompetenzgerichtshof hat es aufgehoben. Mit Recht; denn der VGH wirft hier die von ihm selbst aufgestellten Grundsätze über die Erscheinungsform des Wahlermessens¹⁾ über den Haufen, wohl in der gutgemeinten Absicht, eine billige Entscheidung im konkreten Fall herbeizuführen. Der Kompetenzgerichtshof hat die etwas gewaltsame Umdeutung einer Ermessensnorm in einen strikten Rechtssatz mit

1) Vgl. 1. Hauptteil II S. 17 ff.

zwingenden Argumenten gerügt¹⁾.

In anderen Fällen, die Rechtssätze betreffen, aus denen subjektiv-öffentliche Rechte fließen, versagt er sich der Prüfung der Voraussetzungen nur dann, wenn es ihm ausdrücklich verboten wird. Zwei Beispiele:

1) Nach § 10 Abs. 2 des Fürsorgegesetzes vom 8. Juli 1896 (GuVBl. S. 183 ff.) hat ein Kassenmitglied, wenn nach Ablauf von 10 Jahren Dienstausbildung seine Dienstunfähigkeit ohne sein Verschulden eintritt, einen Anspruch auf lebenslängliches Ruhegehalt. "Über das Vorliegen der Dienstunfähigkeit und das Verschulden entscheidet das Ministerium des Innern endgültig". Demzufolge lehnt es der VGH ab, das Vorbringen eines Klägers insoweit, als es sich auf die Behauptung bezieht, die Dienstunfähigkeit sei zu Unrecht vom Ministerium bejaht worden, zu würdigen²⁾.

Hier greift nun das Enumerationsprinzip ein. Zwar ist der VGH an sich zuständig, über den Anspruch des Kassenmitgliedes zu entscheiden. Der Gesetzgeber enthält ihm aber die Prüfung der Voraussetzung des Anspruchs vor, eine rechtspolitische Entscheidung, mit der sich der VGH wohl oder übel abfinden muß. (Man wird kaum sagen können, der Gesetzgeber wolle hier nur die an sich schon gegebene Ermessenszuständigkeit der Verwaltungsbehörde ausdrücklich bestätigen. Der Begriff "Dienstunfähigkeit" ist keinesfalls ein weiter Begriff, den die klassische Lehre als Ermessensbegriff auffassen würde)³⁾ .-

2) Jeder Deutsche hat nach § 15 des Bundes- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 1. Juni 1870 (BdGBI. S. 355) einen Anspruch auf Entlassung aus der Staatsangehörigkeit.⁴⁾ Die Entlassung ist nur dann nicht zu gewähren, wenn besondere Gründe, die das Gesetz nennt, vorliegen. Einer dieser Gründe ist der, daß ein sich im wehrpflichtigen Alter befindlicher Deutscher kein Zeugnis der Ersatzkommission

1) Z 1887 S. 180 ff.

2) R III 658 (18. Mai 1909).

3) Vgl. zur heutigen Rechtsprechung die Anmerkung Nr. 7 von Neumann-Duesberg in der JZ 1952 S. 705. Das Reichsarbeitsgericht hält den Begriff für einen Rechtsbegriff

4) R III 371 (8. Mai 1900).

darüber beibringen kann, daß er die Entlassung nicht bloß in der Absicht nachsucht, um sich der Wehrpflicht zu entziehen. Der VGH prüft den Inhalt des negativ ausgefallenen Zeugnisses nicht nach, weil nach § 27 der deutschen Wehrordnung vom 22. November 1888 i.d.F.d. Bekanntmachung v. 8. Dezember 1888 (GuVBl. S. 661) der pflichtgemäßen Erwägung der Ersatzkommission anheimgestellt sei, ein positives oder negatives Zeugnis auszustellen, und die Entscheidung der Kommission eine endgültige sei.

Rechtsstaatlichen Erwägungen hält diese Zuständigkeitsregelung nicht stand.

An dieser Stelle kann die Ausschließung der Zuständigkeit des VGH bei Versagung gewerberechtlicher Genehmigungen nicht außer acht bleiben, deshalb nicht, weil hier das Enumerationsprinzip bezw. die Art der Zuständigkeitsverteilung einmal mit Erwägungen über das freie Ermessen der zuständigen Behörden zusammentrifft. Die Motive zum VRPflG sprechen sich ziemlich deutlich über diese Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit nach § 4 VRPflG aus. Der entscheidende Passus der Regierungsbegründung verdient wiedergegeben zu werden:

"In einer Reihe von Fällen erfordert die Gewerbeordnung zum Betrieb einer gewerblichen Anlage usw. eine besondere Genehmigung der Behörde, und es kann nun zweifelhaft erscheinen, ob, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nachgewiesen werden, ein Recht auf Ertheilung der Genehmigung bestehe oder ob ein Recht zu dem Gewerbebetrieb eben erst durch die Genehmigung begründet werde. Jedenfalls ist aber bei Ertheilung der Genehmigung der Verwaltungsbehörde z. B. über die Frage, ob die wissenschaftliche Befähigung, ein Bedürfnis des Publikums nachgewiesen ist, ein Lokal den Anforderungen der Polizeibehörde entspricht, ein so weitgehendes Ermessen eingeräumt, daß der richterlichen Prüfung des Verfahrens der Behörde in den im Entwurf bestimmten Grenzen keine erhebliche praktische Bedeutung zukommt¹⁾

Mit anderen Worten: Die Regierungsbegründung vertritt den gleichen Standpunkt wie die klassische Lehre, die die Beurteilung der Voraussetzungen, wenn sie mit Ermessens-

1) Zitiert nach Kopp a.a.O. S. 286.

begriffen umschrieben sind, in das Ermessen der Verwaltungsbehörde stellt. In Konsequenz dessen sieht man gleich gar keine verwaltungsgerichtliche Kontrolle des Genehmigungsverfahrens vor. Es hat Jahrzehnte gedauert, bis sich hier der Verwaltungsgerichtsschutz voll durchgesetzt hat und z.B. das "Bedürfnis" als Begriff der Spruchpraxis "einverleibt" wurde.¹⁾

Ein letztes Beispiel zum strikten Rechtssatz mag zu den weiteren Ausführungen überleiten: Der VGH weist eine Klage von Gemeindebürgern, die verlangen, daß die Gemeinde angehalten werde, gemäß dem Gesetze betreffend die Faselviehhaltung vom 3. August 1837 (Reg.Bl. S. 206) einen Fasel zu halten, ab, da die Verpflichtung der Gemeinde ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft sei, daß ein Bedürfnis zur Haltung des Fasels vorliege: "Über diese Frage (aber) hat sich naturgemäß zunächst die Gemeinde selbst, d.i. die sie vertretende Gemeindeverwaltung, nach ihrem Ermessen schlüssig zu machen." Wiederum kommt hier die Auffassung zum Ausdruck, daß auch die Verwendung des unbestimmten Begriffes im strikten Rechtssatz das Ermessen nicht ausschließe. Solange nicht die Gemeindeverwaltung oder die Beschwerdeinstanz das Bedürfnis zur Haltung des Fasels bejaht haben, "kann von einem Rechtsanspruch des Bürgers nicht die Rede sein". Zur Begründung der Entscheidung verweist der VGH auf das Wegerecht: "Obgleich das Straßengesetz die Gemeinde zur Herstellung der nötigen Gemeindewege verpflichtete, erkenne dasselbe doch keinen Rechtsanspruch des beteiligten Bürgers hierauf an, sondern überweise vielmehr die Frage der Verpflichtung als durch das vorhandene Gemeindebedürfnis bedingt, dem entscheidenden Ermessen der Verwaltung²⁾."

Wir können zusammenfassen: Grundsätzlich prüft der VGH das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen im

1) Heute gegenstandslos !

2) E Z 1874 S. 92/93 (3. März 1874) = R I 298.

strikten Rechtssatz nach. Doch es gibt Ausnahmen. Er nimmt davon Abstand

1. wenn das Enumerationsprinzip ihn aus dem Rechtsgang überhaupt ausschaltet,
2. wenn grundsätzlich seine Zuständigkeit gegeben ist, dann, wenn
 - a) der Rechtssatz ausdrücklich eine Sonderzuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für bestimmte Fragen vorsieht,
 - b) wenn ein Ermessensbegriff die Voraussetzung der anbefohlenen Folge umschreibt.

II Die Voraussetzungen in der Ermessensermächtigungsnorm.

1) Der Art. 43 des Viehversicherungsgesetzes vom 26. Juni 1890 (GuVBl. S. 493) ermächtigt die Verbandsverwaltung, die Übernahme des gesetzlich dem Versicherungsverband zu Last bleibenden Betrages der Entschädigung ganz oder teilweise abzulehnen, wenn "nach ihrer Ansicht" die Ortsversicherungsanstalt bei richtiger Anwendung des Gesetzes und sorgfältiger Geschäftsführung zu der bewilligten Entschädigung nicht verpflichtet war. In einem Streit zwischen einer Ortsversicherungsanstalt und dem Versicherungsverband führte der VGH aus, die Formulierung "nach ihrer Ansicht" bedeute nach den Motiven des Gesetzes nicht, daß es ganz in das freie Ermessen der Verbandsverwaltung gestellt sei, die Übernahme abzulehnen. Vielmehr wolle das Gesetz dem Versicherungsverband nur die Befugnis zuerkennen, wenn nach dessen Ansicht die Voraussetzungen vorlägen, die Leistung vorläufig ohne weitere Ermittlungen und Beweisaufnahmen abzulehnen. Im übrigen sollte die subjektive Auffassung der Verbandsverwaltung, wie sich ja auch aus Art. 49 des Gesetzes, der die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen den Anstalten und dem Verbande begründet, ergebe, durchaus der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen¹⁾.

1) E R II 206 (8. Nov. 1894).

Ein Vergleich dieser Entscheidung mit dem oben besprochenen Erkenntnis zum Tabaksteuergesetz ist interessant. Hier siegt nun die umgekehrte Tendenz; nämlich: die eher auf einen Fall des Urteilsermessens hindeutende Formulierung des Art. 43 des Gesetzes wird als Rechtsfrage aufgefaßt.

2) Der VGH prüft von Anbeginn seiner Tätigkeit an nach, ob nach § 30 PolStGB eine "Rechts- oder Ordnungswidrigkeit" die Polizeibehörde im konkreten Falle berechtigt, eine Maßnahme anzuordnen. Nach anfänglichem Zögern dehnt er die Prüfung de facto auf den Begriff "öffentliches Interesse" aus¹⁾.

Aufschlußreich ist die Judikatur zu § 14 des Jagdgesetzes vom 6. November 1886 (GuVBl. S. 476 ff). Der VGH prüft genau, ob jeweils eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu befürchten sei, wenn einmal ein Trunkenbold²⁾, das andere Mal ein Unvorsichtiger³⁾ auf die Jagd geht. Er gibt nähere Erläuterungen zu dem Erfordernis, daß der Antragsteller die Mittel zum nötigen Unterhalt nachweisen müsse. Hervorgehoben sei die E R III 165 (21. Jan. 1902):

"Insoweit nach § 14 Ziff. 1 Jagdges. das Ermessen der Behörde Platz greift, ist gemäß § 4 Abs. 4 VRPflG die Klage vor dem VGH ausgeschlossen. Allein dieses Ermessen kommt erst dann in Betracht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für dasselbe gegeben sind, wenn also die Verhältnisse vorliegen, in Rücksicht auf die das Gesetz der Behörde überläßt, zu erwägen, ob sie den Jagdpass verweigern oder versagen will. Wird das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für das behördliche Ermessen bestritten, so ist § 4 Abs. 4 VRPflG nicht anwendbar und daher die Klage nach § 4 Ziff. 1 daselbst zulässig."

Deutlicher kann der VGH seinen grundsätzlichen Standpunkt nicht präzisieren. Er ist ihm auch immer treu geblieben. Die Ausnahmen bestätigen die Regel; sie hängen wieder

1) Vgl. 4. Hauptteil II

2) E R III 1014 (21. Jan. 1902) = R III 165.

3) E R III 1012 (6. Okt. 1903):

mit der teilweise komplizierten Zuständigkeitsregelung zusammen:

In zwei gegensätzlichen Entscheidungen im 1. und 2. Band der Rechtsprechung zur angeschnittenen Frage äußert sich der VGH in allgemeinen Ausführungen über das Verhältnis von Voraussetzungen und Folgen im Rechtssatz, sowie über Konsequenzen des Enumerationsprinzips.

Nach § 112 der Gemeindeordnung vom 31. Dezember 1831 i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. Mai 1858 (Reg.Bl.S.511ff) kann der Gemeinderat Bürgernutzen-Berechtigten, welche mit der Berichtigung einer Schuld an die Gemeinde im Rückstand sind, die Ausübung des Bürgernutzens solange zugunsten der Gemeinde entziehen, als dies zur Tilgung der Schuld erforderlich ist. Den Genußberechtigten steht gegen den Beschluß des Gemeinderates nur das Recht der Beschwerdeführung an die vorgesetzte Staatsverwaltungsbehörde zu (Abs. 5). Dem § 112 GO trägt das Verwaltungsrechtspflegengesetz Rechnung, wenn es in § 2 Ziff. 2 die Entscheidung über Beschwerden nach § 112 der Gemeindeordnung ausdrücklich von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausnimmt.

In der bemerkenswerten E R. I 488 (18. Sept. 1889) interpretiert der VGH den Abs. 5 des § 112 dahingehend, daß er die Einwendungen gegen die Zweckmäßigkeit des Gemeindebeschlusses betreffe, nicht aber Einwendungen, die sich auf die Rechtmäßigkeit des Beschlusses bezögen. Im letzteren Sinne hält er die Klage für zulässig und sich für zuständig, die Voraussetzungen (Schuld des Nutzungsberechtigten, Rückstand) des Gemeindebeschlusses nachzuprüfen:

"Die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur zweitweisen Entziehung der Ausübung des Bürgergenusses vorhanden sind, ist keine Frage des Ermessens, sondern eine reine Rechtsfrage, deren Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen unserer Gesetzgebung den Gerichten, hier den Verwaltungsgerichten, zusteht. Dafür, daß der Schlußatz des § 112 eine diesen allgemeinen Grundsätzen entgegengesetzte

Ausnahme habe eingühren wollen, liegt keinerlei Anhaltspunkt vor". (S. 252)

Man sieht, hier kehren die allgemeinen Grundsätze über das Verhältnis von Voraussetzungssatz und Folgesatz im ermächtigenden Rechtssatze wieder. In späteren Jahren in ähnlicher Sache wieder angerufen, entscheidet der VGH anders¹⁾. Er stellt sich auf den Standpunkt, die Zuständigkeitsregelung der §§ 112 GO und 2 Ziff. 2 VRPflG lasse eine Trennung der Zuständigkeiten bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen und der Folgen nach § 112 GO nicht zu. Dem Genußberechtigten sei nur das Recht der Beschwerdeführung eingeräumt. § 112 Abs. 5 schließe somit. jede verwaltungsgerichtliche Tätigkeit aus.

Der Wortlaut der Zuständigkeitsregeln läßt wirklich kaum einen Zweifel an der Richtigkeit der späteren Entscheidung des VGH aufkommen: Die Behörde entscheidet auch über die Rechtmäßigkeit des Gemeindebeschlusses. Der VGH sagt in der E R II 111 ja keinesfalls, daß die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen keine Rechtsfrage sei; er hält sich lediglich aufgrund der auf dem Enumerationsprinzip beruhenden Zuständigkeitsverteilung, für unzuständig, über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 112 Abs. 5 GO zu befinden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß wie im strikten Rechtssatz, so auch im "Ermessensrechtssatz" die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen vom VGH vorgenommen wird, und er sich der Prüfung nur dann versagt, wenn das Enumerationsprinzip seine Zuständigkeit ausschließt. Ergänzend ist hinzu zu fügen, daß entsprechend der klassischen Lehre die Prüfung der Voraussetzungen durch den VGH auch dann nicht stattfinden darf, wenn die Voraussetzung durch einen Ermessensbegriff umschrieben wird²⁾.

1) R II 111 (23. Juni 1892).

2) Vgl. die Rechtsprechung des VGH zu § 30 PolStGB: IV. Hauptteil, insbes. die Entscheidung R II 210.

4. Hauptteil: Die Rechtsprechung des VGH zur Polizeiverfügung, insbesondere zu Verfügungen nach § 30 des Badischen Polizeistrafgesetzbuches.

I Einführung.

Das Polizeirecht hat enge Berührungspunkte zu dem Problem des freien Verwaltungsermessens. Der Staat tritt als Polizei dem Bürger besonders augenscheinlich als Träger hoheitlicher Gewalt gegenüber. Der Schutz des Bürgers vor staatlicher Machtentfaltung verlangt, die Polizei eng an Gesetz und Recht zu binden. Die Polizei wiederum kann ihre Aufgabe, Recht und Ordnung im Gemeinwesen zu schützen, nur erfüllen, wenn sie mit genügenden Vollmachten und Machtmitteln ausgestattet wird.

Der angedeutete Interessenwiderstreit im Polizeirecht hat wesentlich dazu beigetragen, daß Rechtsprechung und Lehre dem Problem des freien Verwaltungsermessens ihre besondere Aufmerksamkeit gewidmet haben. Die Rechtsprechung des VGH zum Polizeiverfügungsrecht, die hier interessiert, birgt eine Fülle von Entscheidungen zu Einzelproblemen des freien Verwaltungsermessens. Sie soll daher zusammenhängend und unter Hervorkehrung der im Rahmen der Arbeit interessierenden Fragen dargestellt werden.

Rechtsgrundlage für polizeiliche Einzelanordnungen nach badischem Recht war bis zum Inkrafttreten des Polizeigesetzes von Baden-Württemberg vom 21.11.1955 der § 30 des Badischen Polizeistrafgesetzbuches vom 31. Oktober 1863 (Reg.Bl. S. 439).

Die Absätze 1, 2 und 4 der Bestimmung haben folgenden Wortlaut:

(1) "Neben den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzbuches bleibt den Polizeibehörden die Befugnis

vorbehalten, auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verfolgung rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung oder Fortsetzung zu hindern.

(2) Anordnungen dieser Art sind nur insoweit zu treffen als sie im öffentlichen Interesse geboten erscheinen

(4) Über den Ersatz der durch solche Maßregeln entstandenen Kosten hat in allen Fällen vorbehaltlich der Berufung an ein Verwaltungsgericht die Polizeibehörde zu erkennen und das Erkenntnis nach den Bestimmungen über die Beitreibung der auf dem öffentlichen Recht beruhenden Forderungen der Amtskassen vollziehen zu lassen. "

Demnach ist die Polizei befugt und nicht verpflichtet, innerhalb des Rahmens der Voraussetzungen und der Schranken des § 30 PolStGB in Tätigkeit zu treten.

Die Voraussetzungen, an die die Polizei sich halten muß, sind im wesentlichen im § 30 Abs. 1 PolStGB umschrieben. Die Polizei darf aber von ihrer Befugnis des § 30 Abs. 1 durch Anordnung von Maßnahmen nur insoweit Gebrauch machen, als dies ein öffentliches Interesse erheischt (§ 30 Abs. 2 PolStGB).

Eine Polizeiverfügung nach § 30 PolStGB kann in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft sein. Möglicherweise nimmt die Polizeibehörde in einem bestimmten Fall eine Rechts- oder Ordnungswidrigkeit an, obwohl keine gegeben ist, oder sie hält sich irrtümlicherweise für zuständig. Schliesslich kann eine polizeiliche Maßnahme deswegen fehlerhaft sein, weil öffentliche Interessen das Einschreiten überhaupt nicht oder nicht in dem Maße erforderlich machen.

In all diesen Fällen muß nach rechtsstaatlichen Grundsätzen eine Rechtsmittelinstanz bestehen, die von dem fälschlicherweise zum Polizeipflichtigen erklärten Bürger angerufen werden kann. Das Verwaltungsgesetz von 1863 sieht zunächst die vorgesetzte Behörde als Beschwerdeinstanz vor. Hier interessiert aber mehr, in welchem Maße der VGH in seiner Eigenschaft als in der Sache unabhängige Spruchbehörde in das Verfahren eingeschaltet werden kann.

Zu Beginn der verwaltungsgerichtlichen Organisation ist die Zuständigkeit des VGH zu § 30 PolStGB nur gering ausgebildet. Nach dem Verwaltungsgesetz von 1863 hat er über die Kostenerstattungspflicht in den Fällen zu entscheiden, in denen es die Polizeibehörde übernahm, einen rechts- oder ordnungswidrigen Zustand, dessen Beseitigung ihr im öffentlichen Interesse geboten erschien, deshalb zu beseitigen, weil der polizeipflichtige Störer, obwohl dazu aufgefordert, dies nicht selbst getan hatte. In diesem Verfahren oblag es dem VGH, in einem noch festzustellenden Umfange die Berechtigung der polizeilichen Ersatzvornahme und mithin der Verfügung, die dieser voranging, nachzuprüfen.

Dieser Rechtszustand ändert sich in Baden erst, als der Gesetzgeber, preußischem Vorbilde folgend, in dem Zuständigkeitskatalog des Verwaltungsrechtspflegegesetzes von 1884 den § 4 aufnahm, der dem durch eine Polizeiverfügung beschwerten Bürger das Recht zugestand, die Verfügung selbst im Wege der Klage anzufechten.

Die Betrachtung der Rechtsprechung des VGH im Rahmen dieser Untersuchung erfolgt in zwei Teilen. Zuerst wird die Rechtsprechung des VGH zur Frage der gesetzlichen Voraussetzungen des polizeilichen Einschreitens dargestellt. Erst wenn feststeht, daß sämtliche Voraussetzungen vorliegen, interessiert die weitere Frage, wie sich die Polizeibehörde - nach Ansicht des VGH - gegenüber einem derartigen Tatbestand zu verhalten hat.

II. Die Voraussetzungen der polizeilichen Verfügungsbefugnis.

Die Spruchpraxis des VGH läßt von Anbeginn keine Zweifel darüber aufkommen, daß die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 als Rechtsfragen vom Gericht in vollem

Umfange nachzuprüfen sind. Es erübrigt sich daher, an dieser Stelle näher auf diese Rechtsprechung einzugehen.

Wesentlich schwieriger ist es, die Rechtsprechung des VGH zum Abs. 2 des § 30 PolStGB zu erklären. Der Wortlaut der Klausel weist klar auf eine weitere gesetzliche Voraussetzung polizeilichen Einschreitens hin. Das erkennt auch der VGH an. Er kann sich jedoch zunächst nicht ausdrücklich dazu entschliessen, das Vorliegen eines genügenden öffentlichen Interesses als Rechtsfrage zu prüfen, weil auch er den theoretischen Standpunkt einnimmt, das "öffentliche Interesse" sei ein geschichtlich gewordener Ermessensbegriff. So entsteht das Dilemma, daß einerseits die Vorschrift des Abs. 2 dazu bestimmt ist, die Tätigkeit einer übereifrigen Polizei in enge Schranken zu weisen - sie darf jedenfalls dann nicht einschreiten, wenn kein öffentliches Interesse gegeben ist - andererseits die so beschränkte Polizei über das Vorliegen der Beschränkung selbst und - von Ausnahmefällen abgesehen - endgültig befindet.

Wie verhält sich der VGH in dieser unerquicklichen Lage ?

Der schon angedeutete theoretische Standpunkt zum Wesen des Begriffes "öffentliches Interesse" kommt am klarsten in der Entscheidung R I 210 = Z 1876 S. 145 zum Ausdruck. Die einer altkatholischen Kirchengemeinde zustehende Orgel in einer Kirche war privatrechtswidrig von der Klägerin abmontiert und weggeführt worden. Die Polizei hatte durch eigene Maßnahmen die Orgel wieder an den ursprünglichen Ort zurückgebracht und von der Klägerin Ersatz der Kosten verlangt. Der VGH bejahte die Frage, ob ein rechts- oder ordnungswidriger Zustand bestanden habe, hielt die Polizeibehörde auch für zuständig und fuhr dann hinsichtlich des § 30 Abs. 2 PolStGB fort:

"Die Beurteilung, ob eine Maßregel im öffentlichen Interesse geboten ist, muß, da die Verwaltungsbehörde berufsmäßig die Vertreterin des öffentlichen Interesses ist, zunächst dem Ermessen dieser Behörde selbst anheimgegeben werden. Von einer Verletzung

der gesetzlichen Bestimmung des § 30 PolStGB kann somit nur dann die Rede sein, wenn im einzelnen Falle nach Lage der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse durch die Rechts- oder Ordnungswidrigkeit eines Zustandes das öffentliche Interesse nicht benachteiligt sein kann, also die Verwaltungsbehörde ihr Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt hat."

Aus den zitierten Sätzen muß man entnehmen, daß es nicht in erster Linie Aufgabe des VGH ist, positiv festzustellen oder zu erforschen, ob im konkreten Falle ein polizeiliches Einschreiten geboten ist, sondern allenfalls auszusprechen, daß das öffentliche Interesse nicht im genügenden Maße beteiligt gewesen sei. Der VGH hält sich zunächst an die Meinung der Polizeibehörde, da diese seines Erachtens nach eigenem Ermessen über das Vorliegen des öffentlichen Interesses urteilt. Dem entspricht es, daß er sich im Regelfalle darauf beschränkt, bestätigend zu erwähnen, daß nach Sachlage ein öffentliches Interesse das Einschreiten der Polizei geboten habe.

Hierher gehören die Urteile, in denen der VGH in allerdings kaum problematischen Fällen von der Verletzung eines Rechtssatzes durch den Polizeipflichtigen unmittelbar auf das Vorhandensein des nötigen Maßes an öffentlichem Interesse schließt oder ausspricht: nach Sachlage habe die Polizeibehörde nicht im Zweifel darüber sein können, daß ein öffentliches Interesse vorgelegen habe.¹⁾

Die vorstehenden Ausführungen werden durch einige Entscheidungen zur Städteordnung vom 16. Juni 1884 (GVBl. S. 233/239 belegt. Nach § 172 des Gesetzes untersteht die Gemeinde in Polizeisachen der ununterbrochenen Aufsicht der Staatsverwaltungsbehörde. Diese ist berechtigt, die Gemeinde mit polizeilichen Auflagen zu beschweren. Rechtsgrundlage bildet neben § 172 der § 59, wonach die Gemeinden

1) Z.B. E R III 428 (11. Nov. 1902);
E Z 1883 S. 80 ff. (26. Sept. 1882);
E Z 1903 S. 26/27 (24. Juni 1902);
E Z 1871 S. 163 (11. Juli 1871);
E Z 1871 S. 220 3 R I 212 (12. Sept. 1871).

die Sicherheits-, Feuer- und Gesundheitspolizei verwalten¹⁾. Da der § 59 nur einen Grundsatz enthält, der über die Pflichten der Gemeinde keine nähere Auskunft gibt, spricht der VGH der Staatsverwaltungsbehörde die Befugnis zu, im Rahmen des Gesetzes Verordnungen und auch Einzelanordnungen zu treffen²⁾.

In einem Falle³⁾ hatte die Staatsverwaltungsbehörde einer Gemeinde aufgegeben, öffentliche Brunnen herzustellen und gleichzeitig die Schließung der vorhandenen Brunnen verfügt. Zu der Behauptung der klagenden Gemeinde, es habe an den Tatsachen gefehlt, die die Staatsverwaltungsbehörde berechtigt hätten, eine etwaige Norm (nach VGH: § 172 i.V.m. § 59 StO) anzuwenden, führte der VGH aus, daß er nach dem Sachverhalt, so wie er vorge- tragen worden sei, unmöglich annehmen könne, es fehle an Tatsachen, die der bezirksrätlichen Entscheidung zugrunde- liegen müßten. Die polizeiliche Vorkehr, die die Staats- verwaltungsbehörde der Gemeinde aufgabe, sei nicht über- all unbegründet. Alsdann könne über den Umfang und den Grad der Besorgnisse (Gefahr der Verletzung verschiedener öffentlicher Interessen) ... nicht gerechtet werden, da hierüber nicht das verwaltungsgerichtliche (!), sondern

1) Thoma a.a.O. (Polizeibefehl), S. 159. ist der Auffas- sung, daß die vom VGH zitierten §§ 59, 172 der Städte- ordnung, keine genügende Grundlage für die Verfügung der Staatsverwaltungsbehörde in diesen und in ähn- lichen Fällen bilde. Die Verwaltung werde auf dem Umwege über § 59 versuchen, Wohlfahrtsmaßnahmen, die allein Sache der Selbstverwaltung der Gemeinden seien, zu erzwingen. Thoma gibt zu, daß der VGH sich aller- dings tatsächlich nicht mit der Bezugnahme auf ein allgemeines "öffentliches Interesse" begnügt, sondern in mehr oder minder deutlicher Form die von der Staats- verwaltung den Gemeinden anbefohlenen Einrichtungen als Mittel zur Abwendung von Gefahrenlagen ansieht. Das "öffentliche" Interesse ist demnach das "öffent- liche Interesse" an der Beseitigung einer Gefahr, eines Notstandes, so daß man sagen kann, daß der VGH der Sache nach die richtigen Erwägungen anstellt.

2) E Z 1892 S. 158 ff. (2. März 1892)

3) E Z 1897 S. 144 ff. (7. Juli 1896)

allein das zuständige administrative Ermessen den Ausschlag gebe¹⁾.

Man sieht, daß bei dieser Entscheidung auch der § 30 Abs. 2 PolStGB Pate gestanden hat. Zwar darf die Staatsverwaltungsbehörde die Gemeinde nach ihrem Ermessen mit einer polizeilichen Auflage beschweren, jedoch nur dann und insoweit, als es das polizeiliche Interesse, welches mit dem öffentlichen Interesse identisch ist, erfordert. Der VGH sagt, es fehle nicht an Tatsachen, die die Anordnung zu stützen vermögen, was nichts anderes heißen soll als: daß nicht behauptet werden könne, die Polizeibehörde habe ihr Ermessen deshalb überschritten, weil sie fälschlicher Weise ein öffentliches Interesse für gegeben erachtet habe²⁾³⁾.

Also wiederum die negative Formulierung, wie sie schon die oben zitierte Entscheidung R I 210 enthält. Forscht man danach, wo diese Form der Argumentation herührt, stößt man auf den § 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPflG). Die Ziff. 2 Abs. 2 des § 4 VRPflG sieht nämlich vor, daß eine polizeiliche Verfügung mit der Behauptung angefochten werden kann, daß nach den obwaltenden Umständen jede Berechtigung der Polizei zum Einschreiten ausgeschlossen gewesen sei. Im Bereich des § 4 VRPflG wird dann oft mit dieser Klausel gearbeitet, die in erster Linie fehlerhafte Subsumtionen korrigieren⁴⁾, aber - so die Praxis - außerdem eine Schranke für das polizeiliche Urteilsermessen bilden soll. Es leuchtet ein, daß in jedem Falle die Klausel die Freiheit der Polizei unterstützt, indem jede noch so geringwertige Tatsache als geeignet erklärt werden kann, das polizeiliche Einschreiten zu rechtfertigen, andererseits dem Betroffenen bei seinem Versuch, eine polizeiliche Anordnung zu beseitigen, ein schwer zu beseitigendes Hindernis

1) Vgl. 1. Hauptteil, II a.E.

2) Erinnern wir uns daran, daß auch die E R I 210 eine Ermessensüberschreitung nur dann annimmt, wenn das öffentliche Interesse von einer Ordnungswidrigkeit gar nicht berührt sein kann.

3) Vgl. auch E R II 33/89; 36

4) Vgl. 1. Hauptteil III (Grenzen des freien Ermessens).

in den Weg gelegt wird. Sehr deutlich im Sinne einer Schranke des Urteilsermessens spricht der VGH in der Entscheidung R II 75 (19. September 1895):

Die Polizei hatte einen schwer an Syphilis Erkrankten zwangsweise in eine Klinik eingewiesen. Der Vertreter des Klägers sprach die Befürchtung aus, daß darin eine Gefahr für die persönliche Freiheit (allgemein) liege. Der VGH ist anderer Meinung: Es werde in diesem Punkte wohl übersehen, daß der Polizeibehörde durch § 4 Abs. 2 Ziff. 2 VRPflG bei ihrem Einschreiten eine gesetzliche, wohl zu beachtende Schranke gezogen sei. Wenn die obwaltenden tatsächlichen Verhältnisse so lägen, daß jede Gefahr der Ansteckung (öffentliches Interesse) durch einen syphilitischen Kranken ausgeschlossen erscheine, dann sei auch für die Polizeibehörde kein Anlaß und keine Berechtigung zum Einschreiten nach § 85 PolStGB (i.V.m. § 30) gegeben.

Ähnlich die Entscheidung R II 30/89 (14. Oktober 1891): Der VGH gewann aus den ihm vorgelegten Administrativakten die Überzeugung, daß es im Mannheimer Hafengebiet an Tatsachen, mit welchen nach dem natürlichen Verlauf der Dinge eine dringende Gemeingefahr für Eigentum und Leben bei Ausbruch eines Brandes verknüpft war, durchaus nicht gebrach ¹⁾, und bestätigte dementsprechend die Verfügung der Staatsverwaltungsbehörde, die der Stadt aufgegeben hatte, eine schiffbare Dampffeuerspritze anzuschaffen.

Soviel zu dem theoretischen Standpunkt zur Frage des "öffentlichen Interesses" und mithin des § 30 Abs. 2 PolStGB ²⁾. Der Gerichtshof hat ihn auf die Dauer der

1) Vgl. auch E Z 1891 S. 135 ff. (19. November 1890). Der VGH verneint, als behauptet wird, die Polizei habe die gesetzliche Schranke ihres Ermessens bei Beseitigung rechts- und ordnungswidriger Zustände überschritten, daß die obwaltenden Umstände das Vorgehen der Polizei ausgeschlossen hätten.

Ähnlich: E Z 1897 S. 30 (24. März 1896).

2) Die Spruchpraxis des VGH scheint, soweit sie die Prüfung des öffentlichen Interesses in negativer Form erledigt, ein Beispiel für eine von Jellinek in "Gesetz, Gesetzesanwendung usw." S. 38. vertretene Auffassung zu sein. Jellinek meint, der Umstand, daß Verwaltungsgerichte sich mit dem Begriff "öffentliches Interesse" beschäftigten, spreche noch nicht für deren "Zuständigkeit in Ermessenssachen". Nach Jellinek teilt das Verwaltungsgericht in solchen Fällen die Erscheinungen nur bestimmten Sphären zu: "Es ist unmöglich,

Sache nach nicht durchführen können. Ob er will oder nicht, der VGH muß, wenn sich eine Klage darauf stützt, ein öffentliches Interesse zum Einschreiten der Polizei, habe nicht vorgelegen, die "Schranken" des § 30 Abs. 2 PolStGB prüfen. Immer wieder angerufen, sieht er sich genötigt, Mindestgrundsätze für die Annahme eines öffentlichen Interesses zu entwickeln. Was eigentlich Ausnahme sein soll, rückt oft in den Mittelpunkt der Betrachtungen.

Das fängt schon mit der Entscheidung R I 210 an. Kaum hat er die oben wiedergegebenen Grundsätze formuliert¹⁾, beschäftigt er sich eingehend mit den Belangen des öffentlichen Interesses im vorgelegten Fall, obwohl man eher erwartet, daß er sich nach kurzen Sätzen anderen Fragen zuwendet.

Zwei Argumente zieht er heran, um das öffentliche Interesse zu begründen. Die durch das Beiseiteschaffen der Orgel geschädigte (alt)katholische Kirchengemeinde sei eine öffentlich-rechtliche Korporation, deren Inte-

ein öffentliches Interesse anzuerkennen; es ist nicht möglich, ein öffentliches Interesse anzuerkennen usw.". D.h. das Verwaltungsgericht beschreibt nur die Grenzen des Ermessens, in den Bereich innerhalb der Grenzen begibt es sich nicht. Die Beobachtung Jellineks ist richtig. Aber m.E. wird die Tatsache überbetont. Es liegt ebenso nahe, anzunehmen, das Verwaltungsgericht habe eine zwar sehr konkrete Vorstellung dessen, was öffentliches Interesse im Einzelfall sei. - Sehr oft ist es aber bekanntlich leichter, einen Begriff negativ zu bestimmen, als ihn positiv zu beschreiben - Jellinek geht bei seiner Bestimmung dessen, was freies Ermessen sei, auf diese Art und Weise vor - und es könnte sein, daß das Verwaltungsgericht aus diesem Grund die negative Form wählt, die ihm dazu noch das Gesetz zur Verfügung stellt (§ 4 Abs. 2 Satz 2 VRPflG). Übrigens geht die Tendenz jeder Rechtsprechung - insbesondere auch in der Zivilgerichtsbarkeit - dahin, durch negative Schlußfolgerungen und Ausklammerungen den Prozesstoff zu straffen und so das Urteil von überflüssigen Erörterungen zu befreien. Es wird im Folgenden noch auszuführen sein, daß die Spruchpraxis des VGH sich nicht in negativen Erörterungen erschöpft, sondern durchaus "Positives" zum öffentlichen Interesse zu sagen hat..

1) Vgl. S. 82/83.

ressen der Staat als den seinigen entsprechend betrachte. Die Verwaltungsbehörden seien außerdem befugt, die Beziehungen der christlichen katholischen Gemeinden untereinander zu regeln. Das Gesetz habe hierdurch zugleich anerkannt, wie sehr es im öffentlichen Interesse liege, daß die Beziehungen der Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Korporation der (alt)katholischen Kirchengemeinden als Glieder der (alt)katholischen Kirche geregelt seien. "Unter solchen Umständen gebot sowohl Behufs Fürsorge für die Rechte einer öffentlich-rechtlichen Korporation als auch Behufs der ungehinderten Durchführung des den Verwaltungsbehörden erteilten Auftrags zur Aufrechterhaltung der Würde des Gesetzes das öffentliche Interesse die eingeräumte Beseitigung eines durch ein Vergehen bewirkten Zustandes".

Insbesondere nach der Jahrhundertwende kristallisieren sich einzelne Gesichtspunkte in allgemeinen Formulierungen heraus.

Die Polizei darf grundsätzlich nicht zum Schutz von Einzelinteressen eingreifen¹⁾. Durch die Verletzung einer Rechtsnorm wird zwar immer das öffentliche Interesse berührt. Die Polizei wird aber nur dann Anlaß zum Einschreiten haben, "wenn die Vorschrift den Schutz weiterer Kreise als der nur unmittelbar in Frage kommenden Personen bezweckt, und mit der Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes eine gewisse Gefahr für solche weitere Kreise tatsächlich verbunden ist"²⁾. Die Trennung unverheiratet Zusammenlebender aus Gründen des öffentlichen Interesses setzt voraus, daß die vom Gesetz getadelte Lebensführung zur Kenntnis

1) E R III 422 (2. Dez. 1908).

2) E R III 423 (29. Mai 1900). Dieser Entscheidung hat der Aufsatz von Holzmann in der Z 1887 S. 139 ff. Pate gestanden. Holzmann faßt den Abs. 2 des § 30 als Schranke auf, die dazu diene, den Tätigkeitsdrang einer über-eifrigen Polizei zu bremsen. In der zitierten Entscheidung wird ausdrücklich auf den Aufsatz verwiesen: Z 1900 S. 247 = R III 423.

der Öffentlichkeit gelangt und von dieser mißbilligt wird (öffentliches Ärgernis)¹⁾.

In der Entscheidung R III 432 = Z 1901 S. 163 (6. Februar 1901) führt der VGH aus: "Das öffentliche Interesse ist das Interesse eines weiteren, nicht individuell bestimmten Personenkreises der Allgemeinheit." Hier kommt deutlich zum Ausdruck, daß der VGH den unbestimmten Gesetzesbegriff auslegt. Beweis dafür ist die nun nachfolgende Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter den Begriff:

Aus der großen Zahl der beteiligten Nachbarn mit ihren Familien, ihrem Gesinde und aus der Zahl der beteiligten Straßen (die angefochtene Verfügung erging gegen eine Maschinenfabrik zum Zwecke der Lärmverhinderung) gehe hervor, daß ein weiterer Personenkreis an der Beseitigung der unerträglichen, und, wie das Gutachten des Bezirksarztes mit aller Bestimmtheit erkläre, die Gesundheit gefährdenden Geräusche interessiert sei.

Ebenfalls auf das Urteil weiterer Kreise stellt der VGH in der bereits zitierten Entscheidung Z 1913 S. 66 (23. Jan. 1913) zu § 130 PolStGB²⁾ ab. Er führt aus, ein Eingriff in das Privateigentum zum Schutze landschaftlich hervorragender Gegenden rechtfertige sich nur durch ein erhebliches "Allgemeininteresse". Es kämen daher nur Gegenden in Betracht, die nicht nur nach dem Urteil der Einheimischen, sondern auch nach dem Werturteil weiterer Kreise als landschaftlich hervorragend gälten und in dieser Hinsicht ein allgemeines Renommee hätten. - Eine enge gedankliche Beziehung zwischen den beiden zuletzt zitierten Entscheidungen ist unverkennbar: Öffentliches Interesse ist das Interesse der Allgemeinheit. Eine "hervorragende" Landschaft erhält diese Eigenschaft erst durch das Werturteil des Repräsentanten des öffentlichen Interesses, der Allgemeinheit.

1) E R II 74 (6. Juni 1895); E Z 1916 S. 57 (21. Sept. 1915)

2) Vgl. 2. Hauptteil unter II S. 37/39.

Es mehren sich nunmehr die Fälle, in denen der VGH, wenn er auf den Abs. 2 des § 30 PolStGB verweist, von einer gesetzlichen Voraussetzung des Einschreitens der Polizei überhaupt spricht. Daraus kann noch nicht entnommen werden, der VGH gehe ausdrücklich von einer - zwar theoretischen - Ermessenskontrolle zur Rechtskontrolle über; dennoch ist unverkennbar, daß sich der Akzent der Betrachtungsweise verschiebt. Es tritt in den Vordergrund die Frage: liegt überhaupt ein öffentliches Interesse, das ein Einschreiten der Behörde gebietet, vor (denn davon hängt ab, ob die Polizeibehörde einschreiten darf). Erinnern wir uns, daß die Entscheidung R I 210 noch grundsätzlich einen anderen Weg weist: Prüfung dahin, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse das Einschreiten der Polizei nicht geboten habe¹⁾.

1) In der bereits erwähnten Entscheidung Z 1897 S. 30 (24. März 1896) gab die Polizei den Unternehmern einer Stadtbriefbeförderungsanstalt auf, die von ihnen auf öffentlichen Straßen und Plätzen aufgestellten Einwurfkästen zu beseitigen. Der VGH zweifelt schon am Vorliegen der Ordnungswidrigkeit, ließ die Verfügung aber endgültig daran scheitern, daß es am öffentlichen Interesse fehle. Aus allen Erwägungen hielt er die Anwendung mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht für gerechtfertigt.

2) Ein anderes Mal verneinte der VGH das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit, die die Polizei darin gesehen hatte, daß eine Wach- und Schließgesellschaft ihre Angestellten in eine Uniform gesteckt und ihnen eine Waffe in die Hand gegeben hatte. Unzweifelhaft wollte der VGH auch den § 30 Abs. 2 ausräumen, wenn er betonte, daß besondere öffentliche Interessen hinzukommen müßten (etwa Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch Mißbrauch der Waffe) usw., damit die Voraussetzungen zu einem Einschreiten nach § 30 PolStGB gegeben seien²⁾.

3) Aufgrund der Beweisaufnahme hielt der VGH die Beseitigung einer baufälligen Mauer bis zu einer bestimmten Höhe für im öffentlichen Interesse ge-

1) Daß dieselbe Entscheidung den Grundsatz nur mangelhaft verfolgt, ist dargelegt worden.

2) E R III 448 (4. Okt. 1904): Dieser Entscheidung ähnelt hinsichtlich der Verquickung der Begriffe "Ordnungswidrigkeit" und "öffentliches Interesse" die E Z 1919 S. 26 (10. Juli 1918).

boten. Einleitend heißt es in der Begründung des Urteils: "Die Voraussetzungen des § 30 PolStGB sind also einerseits ... und ein öffentliches Interesse zur Beseitigung des ordnungswidrigen oder rechtswidrigen Zustandes andererseits."¹⁾

4) Die Polizei hatte zwei Wandelbilder aus dem Film "Dante Alighieris Göttliche Komödie" beanstandet. Der VGH wies am Sinn und Zweck der Dichtung nach, daß der Film keine entsittlichende Wirkung beim Beschauer hervorrufen könne. Es möge sein, daß die Vorführungen vom Standpunkt des guten Geschmacks aus zu beanstanden seien. Die Polizeibehörde könne aber nur dann einschreiten, wenn das Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit ein polizeiliches Einschreiten verlange. Das sei aber sicherlich dann nicht der Fall, wenn durch die Darstellung, um die es sich handle, allein der gute Geschmack verletzt werde²⁾.

5) Deutlich die Entscheidung Z 1916 S. 57 (21. Sept. 1915): Ein an sich ordnungswidriges Verhalten (die Kläger lebten ohne verheiratet zu sein zusammen), genüge nicht zum Einschreiten der Polizei. Dazu müsse kommen, daß dieses Verhalten in die Öffentlichkeit gedrungen sei und bei einer größeren Anzahl von Personen Anstoß erregt habe. Nach Sachlage habe nicht anerkannt werden können, daß ein polizeiliches Einschreiten gegen die Kläger aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten gewesen sei^{3) 4)}.

III. Das Opportunitätsprinzip.

Sind sämtliche Voraussetzungen für ein Einschreiten der Polizei von dieser geprüft und für vorliegend erachtet

1) E R III 434 (7. Febr. 1899) = Z 1899 S. 139.

2) E Z 1911 S. 169 ff. (2. Mai 1911)

3) Die Entscheidung wurde oben angeführt (S. 89 Anm.1) Sie entspricht der Entscheidung R II 74. Der letzte Satz, auf den es hier ankommt, stimmt mit der gesetzlichen Formulierung des § 30 Abs. 2 PolStGB überein.

4) Vgl. noch:

E R III 419 (16. Sept. 1902)

E R III 422 vgl. oben S. 88

E Z 1914 S. 217 (7. Juli 1914) (Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Polizeiverfügung waren weggefallen).

worden, dann ist sie nach dem Wortlaut des § 30 PolStGB befugt, in Tätigkeit zu treten. D.h. die Polizei entscheidet nach ihrem freien Ermessen, ob ein Einschreiten opportun ist (Opportunitätsprinzip).

Mitunter ist behauptet worden, für die ordnende Tätigkeit der Polizei gelte nicht das Opportunitätsprinzip, sondern das Legalitätsprinzip, d.h. die Polizei sei, lägen nur die gesetzlichen Voraussetzungen vor, verpflichtet, rechts- oder ordnungswidrigen Zuständen zu begegnen¹⁾. Dem widerspricht im badischen Recht die eindeutige Formulierung der Ermessensermächtigungsnorm des § 30 PolStGB, die das gesamte deutsche Recht beeinflussende preußische polizeirechtliche Tradition, schließlich aber auch das Leben mit seinen vielfältigen Erscheinungen selbst. Es hieße Mittel und Stellung der Polizei im Gemeinwesen überschätzen, wollte man ihr zumuten, jede Rechts- und Ordnungswidrigkeit um ihrer selbst willen zu beseitigen. Es gibt derer zu viele, als daß die Polizei ihrer Herr werden könne, und eine Vielzahl ist von derart geringem Gewicht, daß die gute Ordnung des Gemeinwesens durch eine übereifrige Tätigkeit der Polizei eher gestört als gefördert würde.

Die Spruchpraxis des VGH wirft denn auch keine Probleme auf. Allgemein kann auf das im 1. Hauptteil über das Ermessen als Wahlfreiheit (Wahlermessen) Gesagte verwiesen werden, soweit sich nicht aus der gesetzlichen Bestimmung des § 30 für den Umfang dieser Freiheit Besonderheiten ergeben. Es erübrigt sich, eine chronologische Darstellung der Entscheidungenzugeben. Das Prinzip wird vom VGH von Anbeginn seiner Tätigkeit anerkannt, ja als selbstverständlich vorausgesetzt. So heißt es in R I 211 (13. März 1877): "Ist der gesetz- oder ordnungswidrige

1) Bühler a.a.O. S. 482 ff. Gegen ihn hat Schoen, was das preußische Recht anbetrifft, mit stichhaltigen Argumenten polemisiert (Verw.Arch. 20 S. 130 ff.). Die Geltung des Opportunitätsprinzips ist heute nicht mehr umstritten.

Zustand von der Art, daß das öffentliche Interesse hierbei als beteiligt gilt so ist die Polizeibehörde gemäß § 30 des PolStGB befugt". Dasselbe besagt auch die 35 Jahre später ergangene Entscheidung Z 1912 S. 46 ff: Die Polizei hatte aufgrund § 63 PolStGB eine Verfügung, öffentliche Filmvorführungen betreffend, erlassen. Ob die Polizeibehörde gegenüber diesen Unternehmungen (Kinos) im Einzelfall überhaupt eine Tätigkeit im Rahmen der Gesetze eintreten lasse oder nicht, gebe der Rechtssatz des § 63 durchaus ihrem Ermessen anheim. Oder, um den § 30 selbst zu berücksichtigen, die E Z 1915 S. 97/98 (24. März 1914). "Die Benützung des Obergeschosses des Wirtschaftsgebäudes als Versammlungsraum zu versagen, war die Polizei an und für sich befugt, wenn das öffentliche Interesse eine solche Verfügung zu rechtfertigen vermochte." (Entsprechende Verfügung war ergangen wegen Baufälligkeit der Treppe)¹⁾

Jedoch kommt ein weiterer Punkt hinzu, den die Polizei beachten muß. Die Entschliebungsfreiheit bewegt sich wie jedes Ermessen in einem Spielraume, der begrenzt ist. Wir haben gesehen, daß die Polizei jedenfalls dann nicht eingreifen darf, wenn nach Lage des Falles ein öffentliches Interesse am Eingreifen der Polizeibehörde gar nicht bestehen kann. Es sind aber auch Fälle denkbar, die die Polizei geradezu verpflichten, tätig zu werden. Jellinek spricht in diesem Zusammenhang von der Grenze der Schädlichkeit²⁾. Ist diese Grenze überschritten, dann handelt die Polizei, indem sie untätig bleibt, rechtswidrig.

Die Entscheidung R II 75, die schon in anderem Zusammenhang erwähnt wurde³⁾, zeigt deutlich, von welchen Erwägungen sich der VGH in dieser Frage leiten läßt. Die Polizei wies einen hochgradig an Syphilis Erkrankten in

1) Fast jede Entscheidung, auch wenn sie nicht zu § 30 PolStGB ergeht, verweist auf diese Ermessensfreiheit der Polizei. Vgl. E R III 145 zu § 14 Jagdgesetz; E R III 420, 424, 426, 431, 437, 454 und viele andere

2) Jellinek, Lehrbuch S. 432.

3) Vgl. oben 4. Hauptteil I S. 86.

eine Klinik ein: Der vorliegende Fall sei nach den tatsächlichen Verhältnissen, mit denen er verknüpft gewesen sei, derart prägnant gewesen, daß es wohl als eine Pflichtversäumung hätte aufgefaßt werden können, wenn ihm gegenüber die Polizeibehörde untätig geblieben wäre. Der VGH hielt die Einweisung ins Spital für eine im Wohlfahrtsinteresse (= öffentliches Interesse) gelegene, nach den Umständen des Falles gerechtfertigte und überdies dringliche Gesundheitsmaßregel.

Dieser Entscheidung entspricht jene, die W. Jellinek mitteilt¹⁾ Die Polizei darf bei lebensgefährdendem Rodeln nicht untätig bleiben, sondern muß bei Vermeidung der Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen durch den Geschädigten eingreifen.

Demnach hängt die Verpflichtung der Polizei davon ab, ob der polizeiwidrige Zustand ein im Interesse der guten Ordnung des Gemeinwesens nicht mehr haltbares Ausmaß erreicht hat. Nach allgemeinen Grundsätzen obliegt es dem VGH, im Einzelfall festzustellen, ob dies der Fall war. Es handelt sich dabei um eine echte Ermessensgrenzenprüfung.²⁾

IV. Das Maß der Verfügung.

Bisher haben wir dargelegt, wann die Polizei nach der Rechtsprechung des VGH nicht einschreiten darf, wann es in ihrem Ermessen liegt und wann sie einschreiten muß,

1) E Z 1910 S. 117 ff (26. Jan. 1910, W. Jellinek Lehrbuch S. 433.

2) Vgl. als Beispiel noch E R I 212 = Z 1891 S. 220 ff, ohne daß aber aus den Urteilsgründen entnommen werden könnte, worauf sich in diesem Fall nach Ansicht des VGH die Verpflichtung der Polizei, tätig zu werden, gründet.

alles Fragen, die die rechtlichen Maßstäbe für das polizeiliche Verhalten vor Erlass einer Verfügung oder vor Vollzug einer Ersatzvornahme betreffen. Entschließt sich die Polizeibehörde innerhalb des Rahmens ihrer Befugnis oder ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht, gegen einen ordnungswidrigen oder rechtswidrigen Zustand handelnd einzugreifen, eine Verfügung zu erlassen oder selbst ordnend Maßnahmen durchzuführen, so wird die Maßnahme selbst Gegenstand der rechtlichen Betrachtung. Welchen Inhalt muß diese Maßnahme haben, damit sie als rechtmäßig von der Rechtsordnung anerkannt wird ?

Die Frage ist von größter Wichtigkeit. Von der Art und Weise einer polizeilich durchgeführten Ersatzvornahme hängt die Höhe der Kosten ab, die die Polizei von dem Störer verlangen kann, vom Inhalt des Gebots oder Verbots das Maß des Eingriffes der Polizei in die Rechts- und Lebenssphäre des von der Verfügung Betroffenen. Der Wunsch den einzelnen möglichst von Eingriffen und Belästigungen der Staats- und Polizeiverwaltung ferngehalten zu wissen, verlangt hier eine klare und eindeutige Bezeichnung dessen, was der einzelne an gegen ihn gerichteter polizeilicher Tätigkeit dulden muß. Diesem Wunsche entspräche es, wenn den Verwaltungsgerichten eine weitgehende Kontrolle des Maßes zulässiger "polizeilicher Kraftentwicklung", obläge.

Doch wird dieses Anliegen erst verhältnismäßig spät erfüllt. Der VGH, auf dessen Rechtsprechung wir uns beschränken, ist in den ersten Jahrzehnten nach seiner Errichtung nicht von der Auffassung abgegangen, daß es dem Ermessen der Polizeibehörde obliege, das Maß polizeilicher Tätigkeit zu bestimmen und er daher nicht zuständig sei, über solche Fragen zu befinden.

Heute erschiene es z.B. als selbstverständlich, daß der VGH bei Streitigkeiten über die Durchführung einer polizeilichen Ersatzvornahme der Polizei auf die Finger sehen und prüfen würde, ob sie nicht ein zu kostspieliges

Mittel oder ein solches, das von ihrer Bequemlichkeit diktiert war, angewendet hat, um den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen. Obwohl Weizel a.a.O. S. 198 auf die Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausgaben und damit des Mittels hingewiesen hat, lehnt der VGH diese in allen Entscheidungen aus der Periode vor Erlaß des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ab.

Er beschränkt sich offensichtlich auf die Prüfung der in § 30 Abs. 1 PolStGB genannten Voraussetzungen, sowie auf eine in ihrem Umfange allmählich zunehmende Präzisierung der Stellung des § 30 Abs. 2 und spricht wiederholt aus, daß nach den tatsächlichen Feststellungen die Polizei berechtigt und befugt gewesen sei, einzuschreiten. Kommt er auf die Art des polizeilichen Mittels zu sprechen, bricht er die Untersuchung ab. Er hält die Bestimmung des Maßes polizeilicher Tätigkeit für eine polizeiliche Ermessenssache. -

Dies gilt vor allen Dingen für die Frage nach der Wahl des polizeilichen Mittels, die auch heute eine voll anerkannte Erscheinungsform des Wahlermessens ist. Holzmann a.a.O. S. 139 äußert sich zur Rechtsprechung des VGH wie folgt: "Der VGH hat an dem Grundsatz festgehalten, daß die Wahl der Mittel dem Ermessen der Polizei anheimgestellt ist, sofern sich dieselbe nur innerhalb der Natur ihrer Aufgabe und der durch besondere Gesetze gezogenen Schranken hält." Tatsächlich hat der VGH die diesbezügliche Ermessensfreiheit der Polizei immer wieder ausdrücklich betont oder doch bei seinen Erörterungen vorausgesetzt

In dem der Entscheidung R I 214 (28. Sept. 1875) zugrundeliegenden Falle hatte die Polizeibehörde Privatleuten aufgegeben, Abwässer aus ihren Anwesen in bestimmter Weise abzuleiten. Als die Betroffenen der Auflage nicht nachkamen, ordnete sie die Durchführung der Maßnahmen durch die Stadtgemeinde an und nahm später die Polizeipflichtigen wegen der aus der Ersatzvornahme entstandenen Kosten in Anspruch. Die Klage der Beschwerzten wies der VGH im wesentlichen ab: In den Gründen führte er u.a. aus, daß die Polizeibe-

hörde bei der Wahl der zu treffenden Maßnahmen zunächst auf ihr eigenes Ermessen angewiesen gewesen sei.

Diese Feststellung trifft man immer wieder an. So heißt es in der E R I 216 (19. Nov. 1890): "Die Wahl der Mittel zur Beseitigung ordnungswidriger Zustände steht der Polizeibehörde, soweit nicht besondere Bestimmungen für die einzelne Materie ihre Befugnis beschränken, nach ihrem Ermessen frei"; in der E R I 213: "Über die Art der getroffenen Schutzvorkehrungen kann insofern eine gerichtliche Verantwortung der Staatsverwaltungsbehörde nicht Platz greifen, als die Bestimmung unter den als möglich gegebenen Mitteln lediglich ihrem auf die besonderen Umstände des Falles sich stützenden Ermessen anheimgegeben sein muß".

Dies sind noch früh ergangene Entscheidungen. Doch auch später geht der VGH nie von dem anerkannten Grundsatz ab. In der Entscheidung Z 1910 S. 166 (2. März 1910) geht er davon aus, daß die Art des Eingreifens der Polizei im gesetzlich gegebenen Rahmen der Beseitigung rechts- und ordnungswidriger Zustände ihrem pflichtgemäßen Ermessen anheimgestellt sei. In einer Entscheidung zum Ortsstraßengesetz¹⁾ führt er aus, die Gemeinden seien berechtigt, ein jedes an eine Ortsstraße angrenzendes Gebäude für die im Gesetz genannten Zwecke²⁾ in Anspruch zu nehmen Ihrem Ermessen sei in dieser Hinsicht keine Grenze gesetzt. Indirekt enthält z.B. auch die Entscheidung Z 1919 S. 98/99 (8. April 1919) eine Anerkennung des Grundsatzes, wenn der VGH ausführt, daß die Wahl der Mittel beschränkt werde durch die Bestimmung des § 30 PolStGB.³⁾

1) E Z 1913 S. 145 (6. März 1913)

2) Anbringung von Haltevorrichtungen für die Straßenbeleuchtung, für die Oberleitung der Straßenbahnen usw.

3) Die Entscheidungen, in denen auf die freie Mittelwahl verwiesen wird, sind sehr zahlreich.

Bei dieser augenscheinlichen Kontinuität der Rechtsprechung darf nicht vergessen werden, daß dem Grundsatz der freien Mittelwahl nur in der Zeit, in der sich der VGH noch grundsätzlich enthält, näher auf die Anforderungen, die an das polizeiliche Mittel zu stellen sind, einzugehen, eine wirklich große Bedeutung zukommt. Wir werden sehen, daß die Mittelwahl in dem Umfange, wie die Prüfung des Mittels auf sein Maß zunimmt, in ihrer Bedeutung zurücktritt, da nur noch verhältnismäßig wenige in gleicher Weise geeignete Mittel für einen polizeiwidrigen Zustand übrig bleiben, zwischen denen die Polizeibehörde die Wahl treffen kann.

Es wurde eben angedeutet, daß enge Beziehungen zwischen dem Grundsatz der freien Mittelwahl und der Entscheidung der Polizei über das Maß ihrer Tätigkeit bestehen: In der Wahl des Mittels liegt immer auch eine Bestimmung des Maßes selbst. Ist jene in das Ermessen der Polizei gestellt, so zunächst auch diese. Die Bestätigung dieser Folgerungen findet sich in den Entscheidungen des VGH. Spricht er von der Wahl des Mittels, so denkt er, wenigstens in den älteren Entscheidungen, gleichzeitig an das Maß der Verfügung. Im Anschluß an den oben zitierten Passus der E R I 216 fährt der VGH fort: "... daß die Polizeibehörde bei Ausübung desselben (des Ermessens) das durch die Umstände des Falles, bei pflichtgemäßer Erwägung derselben vorgezeichnete Maß überschritten habe, ist von keiner Seite behauptet worden" ¹⁾ In ganz ähnlicher Weise drückt er sich in der schon mehrfach erwähnten E R I 210 = Z 1875 S. 146 ff. aus. Dort heißt es am Schluß: "Einzelne Bestandteile der Kosten sind damit beanstandet worden, daß deren Aufwendung nicht nötig oder, daß die von der Polizeibehörde getroffenen Maßnahmen nicht zweckmäßig gewesen seien. Allein diesen Bemängelungen fehlt jede tatsächliche Begründung, welche Anhaltspunkte zu der Annahme gäbe, die Verwaltungsbehörde habe bei der Ausführung der von ihr als notwendig erachteten Maßregel

1) Z 1875 S. 240/241.

das ihr zukommende Ermessen anders als pflichtgemäß ausgeübt oder sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lassen." Das gleiche besagt die E R I 212, die die Art der Ausführung einer Anordnung innerhalb der Schranken der Notwendigkeit und Angemessenheit in das pflichthafte Ermessen der Polizeibehörde stellt und die Kosten dem Polizeipflichtigen aufbürdet, es sei denn, "daß von diesem der Gegenbeweis erbracht wird, daß die fraglichen Vorkehrungen mit geringerem Aufwand in ebenso angemessener Weise hätten ausgeführt werden können".

In den zitierten Entscheidungen erscheint die Bestimmung des Maßes der Verfügung oder Anordnung als Ermessenssache. Immerhin ist schon angedeutet, daß die Polizei sich an die Umstände des Einzelfalles halten und sich auf das notwendige und angemessene Mittel beschränken soll, aber ohne daß nähere Erwägungen über die "Ermessensschranken" stattfinden. Gleichzeitig wird sichtbar, in welcher Weise allein der Betroffene den Kostenanspruch zu Fall bringen kann, nämlich indem er vor Gericht behauptet und beweist, daß die Anordnung oder die Ersatzvornahme der Polizei das angemessene Maß überschritten, jene ihr Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt habe¹⁾. Angesichts der Zurückhaltung, die sich aber der VGH in seiner Rechtsprechung zur Ermessensschrankenbildung auferlegt, nützt dem Anfechtungskläger die Behauptung nur wenig oder gar nichts.

Aber nicht nur das. Nach Einführung des § 4 des VRPflG wird die kaum greifbare Grenze der polizeilichen Machtentfaltung eher noch lockerer gehandhabt, indem die wenigstens programmatisch in der E R I 212 genannten Ermessensschranken "Notwendigkeit" und "Angemessenheit" in Vergessenheit zu geraten scheinen. Anders ist jedenfalls die E R II 36 nicht verständlich. Gemeindebürger hatten Klage gegen eine Anordnung des Bezirksamts erhoben,

1) Auch nach 1884 wird auf diese Schwierigkeit hingewiesen. Vgl. E Z 1890 S. 138.

die der von ihnen vertretenen Gemeinde aufgab, ein bestimmtes, nach Ansicht der Kläger weder zweckmäßig noch kostenmäßig angemessenes Wasserprojekt zu verwirklichen: "Die Frage, ob diese oder jene Anlage dem zu erreichenden Zwecke besser entspricht, ob das eine Projekt aus technischen oder sonstigen Gründen den Vorzug vor dem anderen verdient, ob der Aufwand mit der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis steht, gehört nicht dem Rechtsgebiet an, sondern fallen in den Kreis des administrativen Ermessens". Ähnlich auch der Fall R II 30: Der Bezirksrat hatte der Stadt Mannheim aufgegeben, eine ständig unter Dampf zu haltende schiffbare Wasserspritze für das Hafengebiet zu beschaffen. Die Stadt Mannheim erhob Klage gegen die Anordnung, wurde jedoch abgewiesen, weil die Entschliebung über die zur Abwendung von Gefahren dienlichen Schutzvorkehrungen als reine Zweckmäßigkeitsfrage nur der Verwaltungsbehörde zustehe.

Diese Auffassung kann nicht verwundern, wirft man nur einen Blick auf die Motive des zwischenzeitlich ergangenen Verwaltungsrechtspflegegesetzes, das die kleine Generalklausel für Anfechtungsklagen gegen polizeiliche Verfügungen und einige andere Verwaltungsakte enthält, den § 4. Hier, im Abs. 4, führt der Gesetzgeber, was er bislang noch nicht getan hat, die Ermessensklausel ein und erkennt somit die bisherige Rechtsprechung des VGH voll an, ein sichtbarer Ausdruck der allgemeinen Tendenz, der Verwaltung im beginnenden Gesetzesstaat eine möglichst große Freiheit zu erhalten. Aufschlußreicher als der Wortlaut des Abs. 4 sind aber die Vorstellungen, die den Gesetzgeber bei dem Erlass der Bestimmung geleitet haben. Der Kommissionsbericht der 2. Kammer weist ausdrücklich auf den "weiten Rahmen" dieses Verwaltungsermessens hin. Der Berichterstatter verlangt lediglich, daß die Behörde formell zuständig sei, die gesetzlichen Förmlichkeiten beachte, und daß die tatsächlichen Voraussetzungen vorlägen, von deren Vorhandensein eine Norm das Einschreiten der

Polizeibehörde abhängig mache. Unter Bezugnahme auf die Motive der preußischen Gesetzgebung, die in diesem Falle dem badischen Gesetzgeber als Vorbild diente, ist klar ausgesprochen - und das interessiert hier am meisten -, daß dem Verwaltungsgericht keineswegs zustehe zu prüfen, ob die Verfügung im vorgelegten Fall angemessen und notwendig (erforderlich) sei ¹⁾

Die Rechtsprechung entspricht also durchaus dem Willen des Gesetzgebers und des Gesetzes. Eher wundert man sich, daß die Umkehr von der Ermessensfreundlichkeit wohl im Anschluß an die in den 90er Jahren einsetzende wissenschaftliche Diskussion und die Praxis des Preußischen Obergerichtsverwaltungsgerichts verhältnismäßig bald erfolgt. Wie Bühler a.a.O. S. 486 festgestellt hat, wendet sich der VGH nicht etwa ausdrücklich von der bisherigen Rechtsprechung ab, doch der Sache nach ist daran nicht zu zweifeln.

Noch im alten Fahrwasser bewegt sich der VGH, wenn er eine polizeiliche Verfügung bestätigt, die dem Besitzer einer Privatschäferei, dessen Ländereien zerstreut liegen, aufgibt, seine Herde nur über Wege zu führen, die mehr als 5 m breit sind, obwohl in der fraglichen Gegend überhaupt keine Wege dieser Breite und Größe existieren²⁾. "In der desfallsigen Bestimmung kann der Gerichtshof keine die Grenzen der Ermessensbefugnisse überschreitende und deshalb willkürliche Anordnung erblicken, selbst wenn es richtig sein sollte, daß Feldwege solcher Breite zur Zeit auf der Gemarkung überhaupt nicht bestehen." Diese Entscheidung widerspricht heutigem Rechtsempfinden gröslichst. Die Polizei verlangt tatsächlich Unmögliches. Ein Verbot wäre in diesem Falle weniger beschwerend gewesen. Und

1) Vgl. auch die Regierungsbegründung: Dem Verwaltungsgericht ist jede Erwägung darüber, ob im öffentlichen Interesse die Verfügung geboten, ob sie zweckmäßig war, verschlossen.

2) E R II 34, 73 (26. April 1894).

immer noch bewegt sie sich nach Ansicht des VGH auf dem Boden des Ermessens.

Drei Jahre später hat sich der entscheidende Wandel vollzogen. Zwar noch vorsichtig in der Formulierung, in der Sache jedoch klar und bestimmt, prüft der VGH in einem am 7. Februar 1899 ergangenen und auszugsweise in der Zeitschrift und dem 3. Bande der Rechtsprechung mitgeteilten Erkenntnis das Maß der polizeilichen Verfügung.¹⁾

Der Entscheidung lag etwa folgender Sachverhalt zugrunde. Das Bezirksamt hatte in einer Verfügung den Abbruch und die Neuerrichtung einer auf dem Grundstück der Klägerin stehenden, an eine öffentliche Straße grenzenden 3 m hohen Stützmauer, die wegen angeblicher Baufälligkeit zu beseitigen die Klägerin sich geweigert hatte, angeordnet. Mit der Durchführung der Maßnahme war gleichzeitig der Stadtrat der Stadt Baden betraut worden. Der VGH wies die gegen die Verfügung erhobene Klage insoweit ab, als jene den Abbruch des oberen, die Höhe von 1,50 m überragenden Teils der Mauer anordnete und der Klägerin die hierdurch entstandenen Kosten auferlegte. Im übrigen hob er die Verfügung auf.

Der VGH behandelt in den Gründen zunächst die Frage des Abbruches und prüft vorweg, ob die Voraussetzungen des § 30 zum Einschreiten der Polizei vorgelegen hätten. Dann prüft er den Inhalt der Anordnung selbst. Die Polizei habe das Gesetz nicht verletzt, indem sie gerade den Abbruch der Mauer angeordnet und nicht vielmehr ein weniger radikales Abhilfemittel versucht habe. Denn das Gesetz gewähre dem Ermessen der Behörden in dieser Hinsicht freien Spielraum, indem es bloß die einzige Schranke gesetzt habe, "daß Anordnungen nur insoweit zu treffen seien, als sie im öffentlichen Interesse geboten erschienen."

Der durch diesen Passus zunächst entstehende Eindruck, der VGH belasse es wiederum bei einer Bestätigung der

1) E R III 434 = Z 1899 S. 139.

freien Mittelwahl und einer nur am Rande stattfindenden Erwähnung der Ermessensschränke, wird sogleich wieder verwischt, wenn der VGH die Frage stellt, ob im öffentlichen Interesse der Abbruch der ganzen Mauer geboten gewesen sei. In der Folge stellt er fest, daß nach der Beweiserhebung mit dem Abbruch der Mauer auf 1,50 m jede Gefahr des Einsturzes beseitigt sei. Er fährt fort:

"Im öffentlichen Interesse war aber nur die Beseitigung der Einsturzgefahr geboten. Ist jetzt tatsächlich erwiesen, daß zur Beseitigung der Gefahr der Abbruch der ganzen Mauer nicht erforderlich war und schon die Beseitigung der oberen Hälfte der Mauer genügte, so konnte auch in Ermangelung eines öffentlichen Interesses die weitgehende Anordnung nicht aufrechterhalten werden".

Diese Entscheidung spricht für sich. Mag befremden, daß der VGH die Anwendung eines weniger radikalen Mittels ablehnt; er bewegt sich insoweit noch auf der alten Linie. Die nun dennoch über das Maß des Mittels angestellten Erwägungen haben stärkeres Gewicht. Der VGH stellt die Schranke auf, das Mittel müsse, um rechtmäßig zu sein, im öffentlichen Interesse geboten sein. Die Formel des § 30 Abs. 2 PolStGB wird in einem anderen Sinne gebraucht als bisher: als Maßstab für die polizeiliche Kraftentwicklung. Dabei kann man nicht sagen, der VGH habe die Frage der Voraussetzung und des Maßes nicht genau unterschieden. Zu detailliert beschäftigt er sich im 1. Teil der Gründe mit dem Zustand der Mauer, um dann aufgrund dieses Zustandes die Polizei zum Einschreiten für berechtigt zu erklären. Erst im 2. Teil der Entscheidung betrachtet er das Maß des Mittels und sagt, im öffentlichen Interesse wäre ein Weniger geboten gewesen.

Die zweifache Anwendung des Abs. 2 des § 30 ist ein Kunstgriff, der besondere Erwähnung verdient. Der Wortlaut der Bestimmung läßt diese verschiedenen Lesarten zu. So ergeben sich wenigstens teilweise Beziehungen zu den von Jellinek geprägten Begriffen "relative" und "absolute"

Notwendigkeit¹⁾. Die relative Notwendigkeit, das Maß des Mittels hat der VGH im Auge, wenn er im 2. Teil der Entscheidung den § 30 Abs. 2 PolStGB anwendet. Eine Voraussetzung der absoluten Notwendigkeit, wenn er zugibt, daß jedenfalls das öffentliche Interesse vorliege und damit die Polizei, wenn sie es für opportun halte, einschreiten dürfe.

V. Grundsätze.

Die nun folgenden zwei Jahrzehnte stehen im Zeichen der Verfeinerung der Rechtsprechung. Im Folgenden sollen in kurzer Zusammenfassung die wichtigsten Grundsätze dargestellt werden.

1. Im Streitfall ist es Aufgabe richterlicher Prüfung, darauf zu achten, daß die polizeiliche Tätigkeit im Einzelfall nicht das durch die Umstände gebotene Maß überschreitet²⁾. Der Art nach ist die richterliche Kontrolle eine Ermessensschränkenkontrolle. Die Formulierungen in den Entscheidungsgründen der zitierten Entscheidungen lassen daran keinen Zweifel.

2. Insbesondere ist die Polizei bei Verfügungen nach § 30 PolStGB hinsichtlich der Wahl des polizeilichen Mittels durch den § 30 Abs. 2 beschränkt³⁾. Es ist gezeigt worden, daß in der oben besprochenen Entscheidung R III 434 dieser Grundsatz noch nicht klar herausgearbeitet ist.

Im öffentlichen Interesse geboten sind immer nur Maß-

1) Vgl. Jellinek Lehrbuch S. 34.

2) E Z 1911 S. 145 (14. Febr. 1911), Z 1915 S. 97/98 (24. März 1914), Z 1917 S. 37 (28. Nov. 1916), Z 1919 S. 26 (10. Juli 1918).

3) E Z 1917 S. 53 ff (11. Juli 1916), Z 1919 S. 98/99 (8. April 1919).

nahmen, die der Rechtsordnung nicht zuwider laufen:

a) Die Rechtsordnung stellt der Polizei die Aufgabe, die gute Ordnung des Gemeinwesens vor Störungen zu bewahren. Es ist nicht Aufgabe der Polizei, die Wohlfahrt von Staat und Bürger zu fördern¹⁾. Zwar darf sie - um ein Beispiel zu nennen - den Abbruch einer baufälligen Mauer verfügen, nicht aber die Errichtung einer neuen. Denn nur die Beseitigung der Einsturzgefahr ist zulässiges Motiv der polizeilichen Tätigkeit²⁾.

b) Das polizeiliche Mittel darf nicht rechtswidrig in dem Sinne sein, daß es gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt. Denn das "freie Ermessen" steht nicht außerhalb der Gesetzmäßigkeit, insbesondere hat die Polizei die subjektiv öffentlichen Rechte des Bürgers zu beachten. Beispielsweise darf die Polizei die Gewerbefreiheit nach § 1 der GewO einschränken, jedoch nicht beseitigen. Der VGH hatte mehrfach Gelegenheit, an diesen Grundsatz zu erinnern³⁾.

c) Der § 30 PolStGB handelt nur von den formellen Befugnissen der Polizei hinsichtlich des Einschreitens gegen rechts- und ordnungswidrige Zustände. Er kann nicht zur materiellen Rechtfertigung des polizeilichen Vorgehens verwendet werden⁴⁾. Daran ist m.E. nur so viel richtig, daß die Formel des Abs. 2 in ihrer Abstraktheit die Auffindung materiell-rechtlicher Maßstäbe erschwert. Es ist aber gezeigt worden, daß die Prüfung des polizeilichen Mittels auf seine Erforderlichkeit, Geeignetheit usw. aus § 30 Abs. 2 abgeleitet worden ist⁵⁾.

1) E Z 1910 S. 15, Z 1917 S. 37 (28. Nov. 1916), Z 1915 S. 97/98 (24. März 1914).

2) E R III 434, R III 418 (28. März 1899), Z 1915 S. 97/98.

3) E R III 451 (12. Juli 1904), Z 1917 S. 53 ff, Z 1919 S. 26 ff.

4) E R III 431 (13. Febr. 1900).

5) Vgl. oben Ziff. 1) und 2) und E Z 1914 S. 248 ff. (25. Juni 1914)

4) Der Störer darf nur insoweit in Anspruch genommen werden, als die Störung von ihm ausgeht. Die polizeiliche Maßnahme soll ihn nicht unverhältnismäßig belasten (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Abwehr). Dem entspricht es, daß der VGH die Verfügung, die sich nicht an den wahren Störer wendet, aufhebt oder ein polizeiliches Mittel deshalb als ungeeignet verwirft, weil es dem Polizeipflichtigen (unverhältnismäßig) hohe Kosten verursacht¹⁾.

5) Die Polizei muß, bevor sie ein Mittel anwendet, prüfen, ob nicht auch ein anderes, den Störer eventuell weniger belastendes Mittel dem polizeilichen Zweck Genüge leisten würde. Tut sie das nicht, dann wird ihre Verfügung so behandelt, als habe sie eine wegen Übermasses fehlerhafte Anordnung zum Inhalt²⁾.

VI. Zusammenfassung.

Die polizeirechtliche Judikatur des VGH sollte dazu dienen, die in den ersten Hauptteilen der Arbeit erörterten Fragen noch einmal vorzuführen. Es wurden Probleme der Zuständigkeit berührt, insbesondere am Begriff "öffentliches Interesse" ein Beispiel des Urteilsermessens vorgeführt. Dabei wurde versucht, auch hier die Bestimmbarkeit des Begriffes nachzuweisen. Die Erscheinung des Wahlermessens wurde sichtbar an den Beispielen des Opportunitätsprinzips und dem Grundsatz der freien Mittelwahl. Der Abschnitt über das Maß der Polizeiverfügung gab Gelegenheit, einen wichtigen Wandel in der Rechtsprechung des VGH darzustellen: die Hinwendung von einer ermessensfreundlichen Spruchpraxis zu einer schrankenfreudigen.

1) Die schon mehrfach zitierte, wichtige Entscheidung Z 1910 S. 15, E R III 441 (15. Nov. 1904). Die Polizei hatte vom Nichtstörer die Kosten einer Ersatzvornahme verlangt. E Z 1914 S. 248 ff.

2) E Z 1919 S. 98/99.

Dabei wurde versucht, die Bedeutung des § 30 Abs. 2 PolStGB als Norm mit materiellrechtlichem Inhalt zu veranschaulichen

Ihrer Vielfältigkeit entsprechend dienten die einschlägigen Entscheidungen des VGH in den übrigen Hauptteilen der Arbeit in vielen Fällen als Material für die theoretischen Ausführungen. Hieraus ist es zu erklären, daß im letzten Hauptteil einige Entscheidungen, nachdem sie früher schon erwähnt worden waren, ein zweites Mal im gegebenen Zusammenhang dargestellt wurden.

L e b e n s l a u f.

Am 14. März 1928 wurde ich als drittes Kind des beamteten Arztes Dr. Walter Füsslin und seiner Ehefrau Johanna geb. Burger in Reichenau am Bodensee geboren.

Ich wuchs in Freiburg auf und besuchte dort die Rotteckoberrealschule. Nach dem Abitur im Jahre 1947 und einem propädeutischen Jahr an der Freiburger Universität studierte ich daselbst und während eines Semesters in Bonn Rechtswissenschaft.

Im Sommer 1952 legte ich im Lande Baden-Württemberg die 1. juristische Staatsprüfung, im Frühjahr 1956 nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes in Baden-Württemberg die 2. juristische Staatsprüfung ab.

Im September des Jahres 1956 wurde ich in den höheren Verwaltungsdienst des Landes Baden-Württemberg übernommen.

